

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DE LA

CONSTITUTION DE L'HYPOTHÈQUE

DROIT FRANÇAIS,

ÉTUDE

SUR LA

PUBLICITÉ DES HYPOTHÈQUES

DANS LES

LÉGISLATIONS FRANÇAISE ET PRUSSienne

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Marcel DROUETS

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE DOUAI

DIJON

IMPRIMERIE RÉGIONALE

1888

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DE LA

CONSTITUTION DE L'HYPOTHÈQUE

DROIT FRANÇAIS

ÉTUDE

SUR LA

PUBLICITÉ DES HYPOTHÈQUES

DANS LES

LÉGISLATIONS FRANÇAISE ET PRUSSienne

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE LE MERCREDI 27 JUIN 1888, A MIDI

PAR

Marcel DROUETS

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE DOUAI

Sous la présidence de M. AGLAVE, professeur

Suffragants	{	MM. LABBÉ	{ professeurs.
		LYON-CAEN	
		MASSIGLI, agrégé.	

DIJON

IMPRIMERIE RÉGIONALE

1888



A MON PÈRE

A MA MÈRE

A MA MARRAINE

A MES FRÈRES

**La Faculté n'entend donner aucune approba-
tion ni improbation aux opinions émises dans
les thèses ; ces opinions doivent être considé-
rées comme propres à leurs auteurs.**

DROIT ROMAIN

DE LA

CONSTITUTION DE L'HYPOTHÈQUE

INTRODUCTION

« *Quiconque s'oblige, oblige le sien* » tel est le principe que nous trouvons dans notre code civil et que nous considérons comme un axiôme. La garantie d'une obligation n'est-elle pas dans les biens du débiteur ? La fortune ne doit-elle pas répondre de l'exécution des engagements ? Ce principe si clair, si évident pour nous n'a pas dominé les origines de la législation romaine. A cette époque on ne dégage pas encore nettement la notion du patrimoine distincte de l'individualité, on ne conçoit pas encore la poursuite des biens par dessus la tête du débiteur. La dette a pour garantie la personne même du débiteur et c'est contre la personne que les voies d'exécution déploient toute leur rigueur. La procédure barbare de l'*in manus injectio* et de l'*addictio* peuple les prisons privées de débiteurs malheureux que décime la transportation *trans Tiberim* et même les exécutions capitales. La contrainte par corps, qui n'a jamais été chez nous qu'une voie d'exécution exceptionnelle, était à l'origine le droit

commun des Romains (1). La loi *Pœtelia* (de 425 U. C. d'après Tite-Live, 435 d'après Varron) rendue sous la pression de l'émeute, proclame que les poursuites s'exerceront désormais sur les biens *pecuniæ creditæ bona debitoris non corpus obnoxium esset* (2). Il était dès lors nécessaire d'organiser les moyens de poursuivre ces biens, formant désormais le gage des créanciers, et c'est ce que le Préteur fait en organisant la procédure de la *missio in possessionem* et de la *bonorum venditio*. Ces modes d'exécution favorables à l'ensemble des créanciers et propres à maintenir entre eux l'égalité, ne satisfaisaient pas les intérêts particuliers de tel ou tel créancier.

Par suite du développement de l'Etat romain, de ses rapports plus fréquents avec les autres peuples, le commerce et l'industrie vont en prospérant. Le cercle des affaires s'élargissant, les relations commerciales s'étendant, les capitaux s'accumulent et cherchent leur emploi. Il devient de plus en plus difficile pour le commerçant et pour le capitaliste de limiter son crédit à ceux dont il connaît la solvabilité et l'honorabilité personnelle et qu'il lui est facile de surveiller de près. A cause de cette vie nouvelle, de ces rapports si fréquents, le créancier ne peut plus se contenter d'une simple promesse du débiteur, il exige d'autres moyens de garantie, des cautions, des gages.

Ces deux types de sûreté ont absolument le même but et pourtant ce n'est pas seulement leur mise en mouvement qui diffère, mais tout l'ensemble de leurs caractères. Le cautionnement repose sur une idée l'obligance, s'engager pour garantir autrui est un acte exclusif de l'égoïsme ; ce n'est que dans un milieu où dominent les sentiments de fraternité qu'on rencontrera la volonté de cautionner. Le gage apparaîtra

(1) Jourdan, *De l'hypothèque*, p. 14.

(2) Tite-Live, VIII, 28.

au contraire comme principale sûreté, là où les rapports sociaux étant moins étroits, l'individualité prédominera. Le gage sera en un certain point inférieur au cautionnement, car il n'offrira pas comme celui-ci une garantie morale à côté de la sûreté matérielle. La prédominance de l'un ou de l'autre de ces deux modes de constitution de sûreté peut être interprétée comme un indice de l'état de civilisation d'un peuple ou d'une classe.

La garantie naturelle est la garantie par caution, elle reste sur le terrain du droit des obligations sans rechercher de moyens étrangers. Il est naturel que celui qui cherche du crédit invoque en sa faveur le témoignage d'associés mieux connus du capitaliste, qui s'engageront à côté de lui pour la même obligation. Par ces engagements multiples le créancier obtient une garantie plus solide reposant dans un plus grand nombre de débiteurs répondant tous de la dette au prix de leurs personnes et de leurs fortunes ; le danger qui peut résulter de l'insolvabilité de l'un ou de l'autre débiteur s'amoindrit. Non moins importante est la garantie morale que puise le créancier dans l'intervention des cautions : ce ne sont pas seulement des témoins de la capacité économique et morale du débiteur, témoins dont la véracité est assurée par le serment et l'engagement de la personne et de la fortune, mais ils apparaissent comme des garants de la loyauté du débiteur et sont contraints, dans leur propre intérêt, de le poursuivre au premier signe de défaillance. Un système de cautions servira surtout de base sérieuse au crédit, si ces cautions appartiennent à des associations ou familles dans lesquelles le salut d'un membre importe à tous les autres, qui par honneur de classe ne lui refuseront pas leur appui. Là où ces liens se relâchent, où le sentiment de commune union disparaît, où chacun est condamné à

lutter isolément contre les exigences de la vie, naîtra avec la difficulté de se procurer des cautions le besoin de chercher d'autres moyens de sûreté.

Alors apparaît l'idée de la sûreté réelle, personne n'intervient plus en tiers à l'obligation, c'est la chose qui va être abandonnée au créancier pour lui permettre de se satisfaire au cas de non paiement à l'échéance. Ce mode de garantie n'offre pas comme la caution témoignage de la probité et de l'honorabilité du débiteur, il contient plutôt en lui l'idée de méfiance, en déterminant d'avance l'objet de l'exécution pour le cas de non-paiement. Par contre la mise en gage est régulièrement plus facile et plus commode que la constitution de cautions. Une des raisons de l'admission du gage matériel à titre de garantie est peut être l'envahissement de Rome par les Pérégrins, il était impossible à ces nouveaux venus étrangers aux vieilles familles romaines, de se procurer facilement des cautions, et sous peine de rester absolument sans garantie, les créanciers durent se résigner à admettre l'affectation d'objets spécialement désignés à la garantie des dettes.

Les Romains ont connu à l'époque de la République les deux procédés, gage et caution, mais dans une proportion bien inégale; le gage fut d'abord exceptionnel tandis que la caution était le droit commun. Le système des cautions convenait mieux à cette communauté de classes constituées où dominaient les liens de gentilité et de famille, les coteries, les amitiés de partis, de telle sorte que jamais les citoyens ne manquaient de parents, d'amis disposés à le cautionner. L'usage des cautions était général, l'Etat lui-même dans ses rapports avec les citoyens exigeait avant tout des *prædes* et comme auxiliaires seulement des *prædia*; le Prêteur exigeait que les parties qui devaient fournir garantie en les divers états d'un procès se donnassent des *sponsores*. Enfin dans les rapports

libres entre individus, les cautions furent la règle, aucune affaire importante ne se traitait sans l'échange réciproque de cautions.

Ainsi la caution apparaît à Rome comme un organe important du mouvement commercial, comme une institution dont la conservation et le développement importent à l'intérêt public. La preuve se trouve dans toutes les lois édictées au v^e siècle pour restreindre et alléger l'obligation des cautions. Les lois *Furia*, *Pompeia*, *Cornelia*, n'ont d'autre but que de faciliter la charge de caution à laquelle beaucoup de citoyens veulent se soustraire, et qui, à une époque de trouble, peut être une cause de ruine. Dès lors la caution et le gage tendent de plus en plus à se placer sur la même ligne. La volonté de cautionner diminue avec l'affaiblissement de la vie politique qui coïncide avec la fin de la République, avec la disparition des vieux liens de gentilité et de famille, avec l'accroissement de l'égoïsme privé. En outre les privilèges accordés aux cautions rendent le cautionnement moins propre aux besoins du commerce, tandis que le gage gagne par le développement de l'hypothèque une forme plus commode. La durée plus longue de la garantie, l'absence de restrictions remplacent pour le créancier la garantie morale supérieure qu'offrait la caution, et Pomponius peut dire : *Plus cautionis in re est quam in personâ* (1).

Cette observation que le crédit à Rome reposait essentiellement sur la constitution de cautions, que le gage n'acquît qu'assez tard une importance générale peut expliquer comment les Romains n'ont connu assez longtemps que les formes du gage civil si difficiles à manier.

La forme que le droit romain a employée la pré-

(1) Loi 25, D., L., 17.

mière pour donner aux obligations la protection du gage, était un transfert solennel de la propriété, de la part du débiteur au créancier, sous la condition du retransfert après l'acquittement de la dette. L'aliénation transporte au créancier la propriété de la chose, mais entre les contractants le *pactum fiduciæ* réduit le rapport absolu à la mesure du but du gage. La *mancipation avec fiducie* n'était pas un procédé spécial à la mise en gage, mais une application spéciale d'un procédé général, tout autre opération juridique, par exemple un dépôt, pouvant se faire sous cette forme.

Le créancier acquérait par ce moyen une sûreté complète, car il devenait propriétaire de la chose, armé de la revendication s'il arrivait à la perdre et par conséquent pleinement garanti. Mais à l'inverse, la situation du débiteur ne laissait pas que d'être fâcheuse, il se trouvait privé de sa chose dont la valeur pouvait être bien supérieure à sa dette, il était dépouillé de sa propriété. Le créancier, acquéreur avec fiducie, se trouvait cumuler en réalité les qualités de gagiste et de propriétaire, il ne pouvait, il est vrai, vendre la chose avant l'échéance, mais cette prohibition pouvait être sans sanction, le débiteur n'ayant au cas de vente avant l'échéance qu'une action personnelle contre le créancier, recours illusoire si celui-ci était insolvable. Pour remédier à la situation fâcheuse que faisait au débiteur la perte de la possession de sa chose, il était d'usage de lui laisser la possession et la jouissance, soit à titre de précaire, soit à titre de loyer (1).

Au jour du paiement de la dette, le créancier devait, sous peine d'infamie, retransférer au débiteur la propriété de sa chose, car le paiement de sa dette ne lui faisait pas revenir de plein droit son bien. Toutefois la jurisprudence lui donna un moyen de rentrer plus fa-

(1) Gaius, *Com.*, II, § 60.

cilement dans sa propriété, l'*usureceptio*, quand il avait possédé son bien pendant un an, il en redevenait propriétaire. Cette *usureceptio* ne reposait pas sur une distinction de la propriété quiritaire et bonitaire, car rien n'indique dans les textes le partage du *dominium* en ce cas. C'est une institution spéciale qui se différenciait de l'usucapion ordinaire par des traits distinctifs : d'abord, absence de juste titre ; absence de bonne foi, car en droit le débiteur sait n'être pas propriétaire ; délai d'un an dans tous les cas, qu'il s'agisse d'un meuble ou d'un immeuble. Si l'on examine attentivement cette institution spéciale et si l'on va au fond des choses, on voit qu'en fait la pratique qui l'a créée s'est écartée de la rigueur des principes. D'après eux la propriété est passée tout entière du débiteur au créancier, tandis qu'en fait, le débiteur est censé rester jusqu'à un certain point propriétaire de la chose mancipée (1).

Telle est la première étape dans l'histoire de l'hypothèque à Rome. On considère généralement l'aliénation avec fiducie comme un procédé barbare et digne d'un peuple dans l'enfance. Il faut reconnaître qu'elle offrait de sérieux inconvénients, mais elle avait au moins cet avantage sur l'hypothèque, qui se développa plus tard comme son perfectionnement, d'indiquer l'objet sur lequel elle portait et de n'être pas, comme l'hypothèque, une garantie dont l'assiette mal définie ne pouvait que réserver aux tiers de désagréables surprises. En somme l'aliénation avec fiducie fut un des meilleurs instruments de crédit que connurent les Romains, et ce qui prouve ses avantages, c'est sa durée : en 395, il en est fait mention concurremment avec le gage et l'hypothèque dans la loi 9 au Code Théodosien XV, 14.

(1) Jourdan, *De l'hypothèque*, p. 46.

Un autre procédé de mise en gage que le droit civil a connu, et cela de bonne heure, est le *pignus*, procédé plus simple mais moins sûr pour le créancier. Dans le *pignus* le débiteur ne transfère plus au créancier la propriété de sa chose, mais seulement la possession. Le débiteur demeurant propriétaire est dans une situation préférable à celle que lui crée l'aliénation avec fiducie, car il conserve la revendication, mais ce que gagne le débiteur, le créancier le perd, car il n'eut vraisemblablement à l'origine que le droit de rétention. Ce n'est que plus tard que les interdits possessoires créés par le droit prétorien, lui furent accordés pour recouvrer son gage dont la possession venait à lui échapper.

Le créancier gagiste, nanti seulement de la possession, ne pouvait songer à aliéner le gage, s'il n'était pas payé à l'échéance.

Le droit d'aliéner la chose mise en gage ne fut d'abord qu'un élément accidentel du droit de gage et dût être expressément stipulé (1). L'utilité de cette stipulation la rendit probablement fort usuelle; le contrat de gage étant un contrat de bonne foi, elle fut sous entendue et, il fallut une clause formelle pour l'exclure (2) « *si non convenerit de distrahendo pignore hoc tamen jure utimur ut liceat distrahere, si modo non convenit ne liceat.* » Telle fut la solution de l'époque classique; mais sous Justinien, la faculté d'aliéner qui n'était que de la nature du droit de gage, devint de son essence, et la clause prohibitive fut interprétée en ce sens, que le créancier ne pourrait vendre qu'après trois dénunciations au débiteur.

Le *pignus* portait le plus souvent sur des objets mobiliers, c'est ce que Gaius nous dit dans la loi 238, § 2, D., L., 16, tandis que l'aliénation avec fiducie avait

(1) Gaius, *Com.*, II, § 64.

(2) Loi 4, D., XIII, 7.

son champ d'application principal sur le terrain immobilier. Mais ceci n'est vrai qu'en fait, car en droit on peut aliéner sous clause de fiducie une chose mobilière (1) et constituer un *pignus* sur un immeuble. Toutefois pour la mise en gage des immeubles, cette forme du *pignus* devait être choisie rarement, parce que le possesseur d'un fonds qui cherchait du crédit n'était pas, la plupart du temps, à même de renoncer à la jouissance du fonds jusqu'à l'extinction de la dette. Il est vrai qu'on remédiait à cet inconvénient en permettant au débiteur de se servir de la chose en la gardant à titre de précaire ou de louage, c'était un moyen insuffisant.

Le *pignus* a en outre l'inconvénient d'épuiser en une fois le crédit que la chose peut donner à son propriétaire, et de rendre impossible une nouvelle mise en gage du même objet pour garantir d'autres créanciers. L'importance pratique du gage sur les fonds est médiocre quand la jouissance appartient au créancier. Tel que le *pignus* était organisé, il portait en lui le germe de son perfectionnement, l'attribution d'un droit au créancier sans dépouiller le débiteur de sa chose, la constitution d'un gage sans possession.

La dernière étape de la législation romaine est la création d'un droit réel sur une chose qui demeure aux mains du débiteur, et cela par une simple convention. La première application en droit privé se trouve faite pour une hypothèse spéciale par le droit honoraire; cette hypothèse est celle d'une convention de bail où les choses engagées devaient demeurer aux mains du débiteur.

Le preneur d'un bien rural pouvait n'avoir à offrir comme sûreté des loyers que les meubles et instruments qu'il apportait pour l'exploitation du fonds. Il

(1) Paul, *Sentences*, liv. II, tit. XIII, § 2.

était impossible de se servir dans ce cas du *pignus* qui dépouillant le fermier de ces objets le mettait dans l'impossibilité de cultiver. Pour concilier l'intérêt du preneur et celui du bailleur, le Prêteur admit que la simple convention suffirait à opérer la mise en gage des *invecta et illata* et que le bailleur non payé pourrait les poursuivre entre les mains des tiers détenteurs, si le fermier enlevait les meubles apportés.

Pour réaliser cette poursuite que ne permettait nul moyen de droit civil, le Prêteur Salvius créa un interdit, permettant au créancier de s'emparer des *illata* partout où il les trouvait; mais ce moyen de droit était insuffisant, et un autre Prêteur, Servius, créa une *in rem actio*, par laquelle le bailleur pourrait revendiquer les *illata*, à condition que ces meubles aient été la propriété du fermier au jour de leur introduction sur le fonds (1). Grâce à l'action *servienne*, le bailleur se trouvait avoir une garantie aussi complète que si les *illata* lui avaient été mancipés avec fiducie. Grâce à ses avantages de simplicité, ce procédé se généralisa et les successeurs de Servius déclarèrent qu'un simple pacte suffisait à engendrer, au profit du créancier, une action *quasi-servienne* ou *hypothécaire*.

On dit généralement que le prêteur Servius a le premier eu l'honneur de la conception de l'hypothèque, mais cela nous paraît contestable. Que ce soit lui qui le premier, dans la sphère du droit privé, ait appliqué l'idée de l'action réelle, concédée à la suite d'une simple convention, nous ne le nions pas. Mais l'institution de l'hypothèque elle-même, ce n'est pas le prêteur Servius qui l'a créée : elle existait avant lui dans le droit public de Rome, et c'est dans le *jus prædicatorium* qu'il l'a puisée. Pendant que le droit privé ne connaissait

(1) Loi 15, § 1, D., XX, 1.

encore que les garanties personnelles, le droit public exigeait déjà de ses débiteurs des suretés réelles, de véritables garanties hypothécaires. Tous ceux qui traitaient avec l'Etat, soit pour la ferme des impôts, soit pour la location aux enchères des biens du domaine public, soit pour l'adjudication des travaux, les *mancipes* ou *redemptores* devaient fournir des garanties personnelles et réelles (1). Outre les *prædes* que devait fournir l'acquéreur d'un bien du domaine public, au moment de l'adjudication, il devait dans un certain délai *prædia subsignare* à peine de revente de l'immeuble. Cette *subsignatio* était une déclaration des biens que l'acheteur affectait à la garantie de l'Etat, faite sur un registre public et signée par le déclarant, après que le magistrat avait examiné si les *prædia* étaient suffisants et réunissaient les conditions exigées. Ces *prædia* sont qualifiés par les textes *prædia obligata, pignori data*. Cette *prædiorum subsignatio* paraît bien être une sûreté réelle donnée à l'Etat, une véritable hypothèque. On a, il est vrai, objecté qu'il s'agissait là d'une sûreté réelle donnée sous l'antique forme de la *fiducia*, mais comme le fait remarquer un savant auteur (2) « La formalité de la *mancipatio* n'est pas nécessaire, elle est même impossible. Comment en effet un particulier pourrait-il faire avoir au peuple la garantie des Quirites ? D'un autre côté, l'engagement à prendre par l'Etat *fiducia*, n'est pas moins impossible : c'est donc un engagement par simple convention ». Malgré les obscurités qui couvrent cette matière du *jus prædicatorium* on peut, à l'aide des textes que l'on possède, se permettre d'affirmer que l'Etat avait le droit de saisir et de faire vendre les immeubles

(1) *Lex Malacitana*, caput LX. *Lex Agraria* ou *lex thoria*, capita XX, XXI, XXXV.

(2) Maynz, *Cours de droit romain*, t. I, § 111, p. 328, note 17, 3^e édit.

désignés par le débiteur, et que ce droit de vendre, qui dans la *fiducia* était un droit exorbitant, était ici le fonds du droit de l'Etat, qui n'avait pourtant ni la propriété, ni la possession. Ces traits constituent bien la physionomie de l'hypothèque (1).

Quant à la date exacte de son apparition dans le droit civil, il est assez difficile de la préciser, toutefois il nous semble que l'opinion qui ne la fait pas remonter au-delà du siècle d'Auguste doit être repoussée. Son principal argument est que c'est dans un texte de Cicéron (2) qu'apparaît pour la première fois le mot *hypothèque* et encore écrit en grec. Que ce soit la première fois que le mot *hypothèque* se trouve dans les auteurs latins, c'est très possible, mais il nous semble que la chose existait bien auparavant et que c'est à cette institution préexistante que les Romains ont appliqué le mot grec υποθηκη, qui désignait d'une manière commode la chose pour laquelle ils employaient une périphrase, l'appelant : *res obligata*, *res pignori opposita*. Si l'on veut la preuve que dans le droit privé avant Cicéron, l'hypothèque existait à Rome, il suffit d'ouvrir les auteurs vivant un siècle et demi ou deux siècles avant l'ère chrétienne : Plaute (3), Térence (4), Caton, Catulle (5) ; ils nous parlent de *res pignori oppositæ*, de *res obligatæ* comme d'une institution répandue et connue de tous. Ces expressions ne semblent pas devoir s'entendre d'une aliénation fiduciaire, car dans ce cas les termes sont tout autres : on dit *fiducia*, *res fiduciaria* (6). C'est à cette institution dont nous parlent tous ces auteurs, qu'on a appliqué au siècle d'Auguste le

(1) Jourdan, *De l'hypothèque*, p. 51 et suiv.

(2) *Ad familiares*, XIII, 56.

(3) *Pseudolus*, acte I, scène I, vers 83.

(4) *Phormion*, acte IV, scène III, vers 56.

(5) *Carmen*, XXVI, *Ad Furium*.

(6) Cicéron, *Pro Flacco*, C., XXI, § 51.

mot hypothèque *υπόθηκη*, emprunté à la législation grecque.

Mais est-ce là le seul emprunt que les jurisconsultes Romains ont fait aux Grecs, et ne faut-il pas dire, avec certains auteurs, qu'ils leur ont emprunté l'institution elle-même de l'hypothèque? Nous ne le pensons pas. En effet, aux considérations que nous avons développées plus haut sur l'origine de l'hypothèque, on peut joindre celle-ci : Si les Romains avaient été chercher à Athènes l'institution de l'hypothèque, ils l'auraient prise telle quelle, c'est-à-dire avec le caractère de publicité qu'elle y avait. Or, jamais les Romains n'ont pratiqué la publicité de l'hypothèque, et cette remarque suffirait seule à prouver que c'est une institution née sur le sol Italique.

L'hypothèque à Rome est donc issue du perfectionnement de la théorie des sûretés réelles, sans avoir emprunté à l'étranger autre chose que son nom.

L'hypothèque, généralisée par l'action quasi servienne, et conférant au créancier un droit réel sans désaisir le débiteur de la possession de la chose, est un progrès sur le *pignus*. Avec ce nouveau procédé de garantie, le créancier acquiert une sûreté complète, sans que le débiteur perde la jouissance de sa chose et épuise en une seule opération tout son crédit. Elle ne fit néanmoins pas disparaître le *pignus* ; elle le fortifia, au contraire, et l'action nouvelle, engendrée par la convention d'hypothèque en faveur du créancier non nanti, appartient *a fortiori* au créancier gagiste en possession. Le pacte de gage non accompagné de tradition fut assimilé au pacte d'hypothèque (1), et les termes devenant à peu près synonymes, Marcien peut dire : *Inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt* (2). Cela, il est vrai, n'était pas absolument

(1) Loi 1, princ., D., XIII, 7.

(2) Loi 5, § 1, D., XX, 1.

exact, car en fait le mot *pignus* continuait à désigner le gage avec possession, tandis que l'on se servait du mot hypothèque dans le cas où le débiteur conservait la possession de la chose ; mais cela n'influaient en rien sur la nature du droit réel qui était la même dans les deux cas (1).

Si l'on examine les résultats de l'hypothèque, on voit qu'elle a sur la *fiducia* et sur le *pignus* l'avantage de laisser au débiteur la possession de sa chose et la possibilité d'offrir ce même objet, comme sureté, successivement à plusieurs créanciers. Mais dans la pratique, c'est cet avantage même qui préjudicia aux possesseurs des fonds et amena l'anéantissement de leur crédit : le prêteur ne sachant pas si la chose était déjà hypothéquée, refusait le prêt. Le législateur romain n'avait pas compris que le capital n'accourt en abondance pour se constituer sur hypothèques, que si la position légale du créancier est réglée d'une manière ferme et visible. Il n'avait pas découvert les bases du rang, et n'avait pas su créer pour le créancier hypothécaire un avantage égal à celui que lui offrait la possession dans le *pignus*.

Notre intention n'est pas de recommencer le procès de la législation hypothécaire romaine si souvent fait déjà, mais nous devons indiquer rapidement les raisons qui ont fait d'une construction théorique, irréprochable, un si mauvais instrument de crédit.

Le grand vice du système hypothécaire romain, est de faire aux tiers une situation fâcheuse par le défaut de publicité et de spécialité. Les hypothèques pouvant être générales, du moment que le débiteur avait un créancier hypothécaire, si faible que soit la créance garantie, il n'avait plus un seul fonds de libre, et son crédit subissait une atteinte hors de proportion avec

(1) Maynz, *Cours de droit romain*, t. I, § 240; 3^e édit., p. 760.

la diminution de valeur de ses biens. En peu de temps presque tous les fonds se trouvaient engagés pour une valeur inconnue, vague, indéterminée, et le crédit était absolument déprécié. On a dit que les Romains avaient le plus détestable système hypothécaire qui se puisse imaginer. La raison peut s'en trouver dans l'ignorance où étaient les Romains des vraies notions du crédit. Dans la matière de l'hypothèque, il y a deux choses bien distinctes : d'une part, la théorie juridique de l'hypothèque, et d'autre part la mise en œuvre de cette théorie ou le régime hypothécaire qui ne peut se baser que sur la publicité. Les Romains ont bien traité la partie juridique de l'hypothèque, mais leur ignorance des règles du crédit a été cause des vices du régime hypothécaire. Le capitaliste n'a de garantie pour le placement de son argent que s'il sait pour combien est déjà grevé le fonds qui veut emprunter. Le législateur a donc le devoir d'édicter des dispositions, permettant à tout intéressé de prendre connaissance de l'état réel des fonds, mais il n'existe dans le droit Romain que des moyens insuffisants pour arriver à ce but.

La législation grecque sans être irréprochable sur ce point offrait cependant moins d'inconvénients. La constitution de l'hypothèque était entourée de certaines mesures de publicité, la convention était signée de témoins, déposée aux mains d'un banquier, et peut-être transcrite sur un registre public, au moins pour les hypothèques sur les immeubles (1). En outre quand le créancier n'était pas mis en possession de l'héritage hypothéqué, il y plaçait des marques destinées à faire connaître aux tiers que ce fonds était engagé, ces marques consistant en poteaux ou colonnes étaient appelées *ῥῥοι*.

Il semble résulter d'un passage de Demosthène,

(1) Jourdan, *De l'hypothèque*, p. 148.

προς φαινιππον (1) que l'apposition de ces marques de publicité était une condition de validité de l'hypothèque. Le client de Demosthène voulant savoir si le fonds de Cythère appartenant à Phénippe était hypothéqué, s'était transporté sur ce fonds et n'y ayant pas trouvé d'ῥοι avait sommé Phénippe d'en montrer. Celui-ci n'ayant pu le faire, Demosthène disait qu'il ne pouvait plus prétendre à l'existence d'aucune hypothèque sur ce fonds (2). Il est vrai que l'on dit généralement que la validité de l'hypothèque était indépendante de ces ῥοι. On peut, en effet, concevoir que la fragilité de ces moyens de publicité ne permettait pas d'y attacher un effet aussi considérable que l'existence même de l'hypothèque. Les textes peuvent être invoqués à l'appui de cette opinion, car le débiteur pouvait faire disparaître ces ῥοι sans supprimer le gage « ἄς νῦν αὐτοὺς ἀποστερεῖ καὶ τοὺς ῥοὺς ἀνέσπαχεν » (Démosthène, προς Τιμόθεον. Edition Voemel, 1188-3). Le but de ces marques était d'assurer la preuve, et c'est à cela que Démosthène fait allusion, quand il dit que Timothée, arrachant les poteaux, a volé l'argent de ses créanciers.

Ces ῥοι avaient en outre pour but d'empêcher l'acheteur de prétendre qu'il ne connaissait pas les hypothèques (3).

Ce moyen de publicité qu'employaient les Grecs était il est vrai, bien primitif, mais encore pouvait-il rendre des services ; les Romains n'ont jamais rien connu de pareil.

Toutefois certains auteurs ont prétendu que les Romains avaient pratiqué l'usage des ῥοι. Les textes cités en faveur de cette opinion (4), outre qu'ils ne mentionnent expressément ni le gage, ni l'hypo-

(1) Edition Voemel, 1040, 15.

(2) Loyseau, *De l'action hypothécaire*, liv. III, ch. I, § 21.

(3) Dernburg, *Das Pfandrecht*, I, p. 71.

(4) Loi 22, § 2, D., XLIII, 24 et loi 20, D., XLVII, 10.

thèque, peuvent très bien s'expliquer, sans qu'on y voie des applications d'un régime de publicité hypothécaire : le premier relate des incidents préliminaires d'un débat sur la possession entre deux revendeurs d'un immeuble, et le second prévoit l'apposition de scellés sur un immeuble, en l'absence du propriétaire, et sans le consentement de l'autorité compétente. Le titre 17 du livre II au Code, et les Nouvelles XVII ch. 15, et CLXIV, *præfatio*, qui sont aussi invoqués s'appliquent aux saisies et non aux hypothèques.

Le droit romain chercha à suppléer à la publicité par des mesures répressives, il obligea le débiteur qui constituait une hypothèque, à déclarer s'il y avait déjà des hypothèques sur le bien engagé (1) ; l'absence de cette déclaration était punie des peines du stellionat, sauf toutefois si les hypothèques antérieures étaient tout à fait minimales (2). Cette menace d'une peine n'eut guère plus d'effet pratique qu'une loi de l'empereur Léon (3), d'après laquelle on devait donner la préférence aux hypothèques constituées par des actes publics, sur les hypothèques constituées *privatim*. Malgré ces mesures, les droits des créanciers hypothécaires demeurèrent incertains.

Puis le manque de toute forme à l'observation de laquelle on put lier la validité de l'hypothèque, amena dans ses conséquences à faire abstraction, dans des cas particuliers, de la convention comme cause génératrice de l'hypothèque. On ajouta à certaines obligations un gage sur les choses du débiteur, et on en arriva ainsi à la notion de l'hypothèque tacite, qui augmente la confusion d'autant plus que dans ces cas le gage accordé s'étend à tous les biens du débiteur.

(1) Loi 15, § 2, D., XX, 1.

(2) Loi 36, § 1, D., XIII, 7.

(3) Loi 11, C., VIII, 18.

L'exemple provoqua l'imitation, et le gage conventionnel commença à s'étendre à toute la fortune du débiteur, comme le gage légal, supprimant toute spécialité de l'hypothèque.

Ceci amena les empereurs à accorder à certaines hypothèques qui leur paraissaient dignes d'intérêt, et en première ligne au fisc un privilège légal sur les autres. Dès lors, le capitaliste qui ne voulait pas exposer sa fortune aux coups du hasard, n'avait qu'à renoncer à placer son argent en hypothèques. Ceux qui y consentirent le firent en échange d'intérêts usuraire, et les gens honnêtes abandonnèrent aux usuriers le soin de satisfaire le besoin de crédit.

La situation de la propriété immobilière, durant l'empire, devint de plus en plus précaire ; tandis que les grands réunissaient en Afrique, au détriment du développement social et économique, des terres immenses, les paysans marchaient de jour en jour à leur ruine. La possession immobilière apparaissait souvent comme une charge insupportable et le paysan abandonnait l'héritage paternel qu'il n'avait plus le moyen de conserver.

La raison de ce malheur général n'est pas à coup sûr uniquement à chercher dans le droit privé, mais on peut soutenir, sans risquer d'être contredit, que la ruine du crédit réel n'aurait pas été si complète, si les rapports de la propriété et de l'hypothèque avaient été mieux réglementés.

Le législateur reconnut bien le mal, il menaça de peines ceux qui abandonneraient les terres, il exhorta les tuteurs à placer les fonds des mineurs en propriété immobilière, mais jamais il ne songea à attaquer le mal par la racine et à modifier les principes du régime hypothécaire dans un sens destiné à rassurer le crédit immobilier.

Dans cette étude de la constitution de l'hypothèque. nous nous proposons d'examiner :

- 1° La nature du droit d'hypothèque ;
 - 2° Les conditions requises pour l'existence de l'hypothèque ;
 - 3° L'établissement du droit d'hypothèque en divisant ce chapitre en quatre sections :
 - 1° De l'établissement par convention ;
 - 2° De l'établissement par dernière volonté ;
 - 3° De l'établissement par l'autorité judiciaire ;
 - 4° De l'établissement par une disposition légale.
-

CHAPITRE PREMIER

De la nature du droit d'hypothèque

L'hypothèque est un droit réel, conféré au créancier par le débiteur sur une chose lui appartenant, pour garantir l'exécution de son engagement, sans transfert de la propriété ni de la possession.

Le premier caractère de l'hypothèque, c'est d'être un droit réel, en vertu duquel le créancier peut poursuivre la chose, en quelques mains qu'elle se trouve, *pignoris persecutio in rem parit actionem crediti* (1).

Tout en concédant à l'hypothèque ce caractère, il faut remarquer que c'est un droit réel d'une nature toute spéciale. Les autres *jura in re*, la propriété et ses démembrements confèrent à leurs titulaires des droits effectifs : ainsi une servitude est constituée au profit d'un fonds, pour l'usage immédiat de ce fonds, tandis que l'hypothèque ne confère aucun droit immédiat, et elle a ce caractère singulier, que le créancier qui l'exige, préfère ne pas avoir à en user. Les autres *jura in re* restent aux mains du propriétaire, aussi longtemps qu'il le veut, tandis que l'hypothèque n'a qu'une durée limitée, à cause de son caractère accessoire, elle s'éteint avec la créance qu'elle garantit.

De ce que l'hypothèque présente des caractères spéciaux, il ne faut pas en conclure, comme l'ont fait cer-

(1) 17, D., XX, 1.

tains auteurs, Mühlenbruch, Büchel, Zimmern, que ce n'est pas un droit réel. Les principaux arguments en ce sens sont tirés de l'expression employée par les textes : *rei obligare*, et des analogies avec les obligations. Comme elles, l'hypothèque s'établit par un simple pacte : elle n'est susceptible ni de possession, ni de quasi-possession ; elle peut être constituée *in solidum* au profit de plusieurs. Zimmern va même jusqu'à ne voir dans l'hypothèque qu'un simple *mandatum agendi et alienandi* donné par le débiteur au créancier, pour exercer ses actions, une véritable *procuratio in rem suam*.

Les arguments qu'invoquent les adversaires de la réalité du droit d'hypothèque, nous paraissent rien moins que convaincants. L'expression *rem obligare* signifie seulement que l'hypothèque crée sur la chose le même rapport que celui qui existe déjà sur la personne en vertu de la créance ; un rapport direct du créancier à la chose hypothéquée ; et ce qui infirme absolument l'argument de terminologie, c'est que l'on trouve la même expression à propos d'aliénation sous clause de fiducie, dans un cas où il s'agit certainement d'un droit réel, puisque le débiteur a transféré au créancier la propriété « *Minor adversus distractiones eorum pignorum et fiduciarum, quas pater obligaverat, si non ita, ut oportuit, a creditore distractæ sint, restitui in integrum potest*(1). » La constitution de l'hypothèque par un simple pacte s'explique très bien, si l'on songe que l'hypothèque était un perfectionnement de la *fiducia* et du *pignus*, et qu'il fallait bien que la forme de sa constitution fût plus simple, pour remplir son but de progrès. On s'explique qu'il faille plus qu'un simple pacte pour créer un droit réel, destiné à donner une utilité immédiate comme la propriété et ses démembrements,

(1) Paul, *Sentences* ; liv. I, tit. 9, § 8.

mais tel n'est pas le but de l'hypothèque, qui ne constitue qu'un droit conditionnel, seulement utile au cas de non paiement. Du reste, la propriété elle-même n'est-elle pas transférée par la mancipation qui n'est qu'une simple convention sans tradition ? « Il est vrai que la mancipation doit pour être valable, revêtir certaines formes, certaine solennité qui n'est pas exigée à propos du pacte d'hypothèque, c'est là une lacune grave, mais le reproche que l'on adresse justement sur ce point au Préteur rentre dans la critique du régime hypothécaire lui-même (1). »

Le second caractère de l'hypothèque c'est d'être indivisible. L'indivisibilité de l'hypothèque est la règle générale, conforme au but que poursuit le créancier de s'assurer la meilleure sûreté possible. Les Romains n'ont pas formulé de théorie d'ensemble de l'indivisibilité, ils se sont bornés à indiquer les conséquences, et l'adage *tota est in tota et tota in qualibet parte* est de Dumoulin. La chose hypothéquée répond donc toute entière de la dette et de chacune des parties de la dette.

Les conséquences résultant de ce caractère et que l'on trouve dans les textes sont les suivantes :

1° Si une partie de la dette est payée, le créancier ne peut être obligé de dégrever une partie correspondante de l'objet hypothéqué, et conserve son droit sur la totalité de la chose, pour la garantie du paiement du reste de la dette ;

2° Si le créancier a reçu en gage plusieurs choses, il n'est pas tenu d'en libérer une avant d'avoir reçu la totalité de ce qui lui est dû (2) ;

3° Tandis que, d'après la loi des XII Tables, les dettes se divisent entre les héritiers du débiteur, et que chacun ne peut être poursuivi personnellement que pour sa part, ce résultat ne se produit pas pour

(1) Jourdan, *De l'hypothèque*, p. 180.

(2) Loi 19, D., XX, 1.

l'hypothèque. L'héritier du débiteur qui, à la suite du partage se trouve avoir dans son lot l'immeuble hypothéqué, est obligé de payer intégralement la dette ou de délaisser (1).

4° Si l'on suppose plusieurs héritiers du créancier et si quelques-uns ont reçu leur part dans la créance, l'hypothèque continuera néanmoins à subsister tout entière pour garantir les parts non payées (2). Probablement, en pratique, avait-on admis par faveur pour le débiteur qui avait payé une partie de la dette, que le créancier exerçant contre lui l'action hypothécaire devait lui rembourser ce qu'il avait payé aux autres héritiers; c'est ce que semble décider Ulpien dans la loi 11, § 4., D., XIII, 7. Du reste pour simplifier ces poursuites on prenait le plus souvent des arrangements lors du *judicium familiae erciscundæ*, on mettait au lot de l'un des cohéritiers la créance entière avec l'hypothèque, à charge pour celui-ci de payer leur part à ses cohéritiers (3). Cet arrangement ne changeait en rien le caractère d'indivisibilité de l'hypothèque, et le débiteur n'était pas fondé à exiger de l'héritier la restitution du gage, en échange du paiement de sa part dans la créance. On avait recours à ce procédé, quand le gage était d'une valeur supérieure à la créance; si, au contraire, la créance l'emportait sur le gage, il y avait lieu à une adjudication au profit du cohéritier le plus offrant, qui était nanti du gage et chargé de sa réalisation, les cohéritiers conservant pour le surplus action personnelle contre le débiteur.

On s'est demandé si Justinien n'avait pas violé le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque dans la Constitution 1, au Code livre VI, titre 43. Dans cette Constitution, Justinien crée une hypothèque légale au

(1) Loi 2, C., VIII, 32.

(2) Loi 1, C., VIII, 32.

(3) Loi 14, D., XX, V.

profit des légataires et il décide que l'action hypothécaire ne pourra atteindre chaque héritier que dans la mesure de ce qu'il devrait payer par l'action personnelle, et non pour la totalité du legs. Il semble qu'il n'y a ici rien de contraire à l'indivisibilité de l'hypothèque, le legs n'est pas une dette héréditaire, ce n'est pas une dette qui, reposant sur la tête du défunt, s'est divisée entre ses héritiers au jour de son décès, mais une dette qui naît divisée et reposant sur autant de têtes qu'il y a d'héritiers. L'hypothèque accordée par la loi pour la garantie de cette dette naît elle aussi divisée. Il est vrai, qu'après le partage, l'héritier ne pourrait plus élever la prétention de restreindre l'hypothèque aux effets mis dans son lot, mais c'est une conséquence de l'effet attributif du partage romain. Tout autre est la solution de l'art 1017 du Code civil d'après lequel les héritiers sont tenus des legs personnellement pour leur part et hypothécairement pour le tout, c'est là une fausse application du principe de l'indivisibilité et la solution romaine est bien préférable.

Remarquons enfin que l'indivisibilité n'est pas une qualité essentielle de l'hypothèque, la convention des parties pouvant décider qu'il en serait autrement. C'est ainsi qu'un gage peut être affecté à la garantie seulement, d'une partie de la dette (1).

Le troisième caractère du droit d'hypothèque est de s'étendre aux accroissements de la chose hypothéquée. Il est impossible de formuler en un principe unique, dans quelle mesure exacte les accroissements de la chose sont frappés de l'hypothèque ; il faut procéder par énumération. Tout d'abord, l'hypothèque frappe sans difficulté les accroissements consistant en une augmentation de valeur sans que la chose elle-même soit modifiée matériellement ou juridiquement, ces

(1) Loi 5, § 1, D., XX, 2.

accroissements proviennent des améliorations apportées à la chose par de meilleurs soins ou par des circonstances fortuites.

D'autres accroissements peuvent subvenir à la suite d'améliorations dans la situation juridique du fonds, par exemple l'usufruit s'ajoute à la nue propriété; le fonds acquiert une servitude active ou est libéré d'une servitude passive, dans ces cas, pas de difficulté : l'hypothèque frappe toute la chose ainsi modifiée juridiquement, elle atteint l'usufruit, la servitude. (1).

De même, le créancier hypothécaire bénéficiera d'un accroissement résultant de l'incorporation matérielle, telle que la chose incorporée ne peut être séparée de la chose principale, comme une *incædificatio*, une *implantatio* (2).

Enfin si la chose hypothéquée produit des fruits, ceux-ci seront frappés du droit d'hypothèque. (3). La difficulté la plus sérieuse en cette matière, se rencontre à propos du part de l'esclave hypothéquée. Quant l'esclave accouche chez le débiteur, on admet généralement que l'hypothèque frappe l'enfant dont elle accouche (4). Mais si l'esclave enceinte est vendue et accouche chez le tiers acquéreur, deux textes contradictoires du jurisconsulte Paul, soulèvent la question de savoir si l'enfant est ou non frappé de l'hypothèque.

De la loi 18, § 2, D., XIII, 7. « Si un fonds engagé a été vendu, il reste affecté du droit de gage, parce qu'il passe à l'acheteur dans l'état où il se trouve; il en est de même de l'enfant dont l'esclave vendue accouche après la vente, » il résulterait que, peu importe la situation de la mère, l'enfant dont elle accouche est frappé de l'hypothèque, tandis que Paul

(1) Loi 18, § 1, D., XIII, 7.

(2) Lois 16, pr. et 29, § 2, D., XX, 1.

(3) Lois 26, § 2, D., XX, 1 et 3, C., VIII, 15.

(4) Loi 1, C., VIII, 25.

semble résoudre négativement la question dans la loi 29, § 1, D., XX, 1 : « Si des esclaves sont affectés d'une hypothèque, les enfants qui en naissent seront également hypothéqués. Cependant quand nous avons dit que les enfants sont tenus, soit qu'il y ait eu convention spéciale à leur égard, soit qu'il n'y en ait pas eu, cela n'a lieu qu'autant que la propriété de ces enfants aurait été acquise à celui qui a constitué l'hypothèque ou à son héritier. Mais si les esclaves appartenaient à un autre maître au moment où elles sont accouchées, les enfants ne seront pas obligés. »

Ces deux textes contradictoires du même jurisconsulte ont fort tourmenté l'esprit des commentateurs qui ont proposé divers essais de conciliation.

Accurse pense que la loi 18, § 2, vise le cas où l'esclave avait conçu avant la vente.

Cujas ne tient pas compte de l'époque de la conception, et émet cette opinion assez hasardée que le part sera la garantie du créancier, alors seulement que le prix de l'esclave ne l'indemniserait pas complètement.

D'après une dernière opinion soutenue par d'éminents jurisconsultes, le § 2, de la loi 18, doit être rapproché du § 1, on verra dès lors qu'il ne s'agit pas le moins du monde d'une esclave hypothéquée ; Paul veut simplement dire que la chose vendue passe à l'acquéreur *cum omni causa*, avec ses chances favorables ou défavorables et que subissant l'hypothèque il profite du part de l'esclave.

Enfin le dernier caractère de l'hypothèque, c'est d'être un droit accessoire, c'est-à-dire de ne pouvoir exister sans une créance qui lui sert de base (1). L'hypothèque n'a qu'un but : fortifier l'obligation qui se trouve à côté d'elle ; ce n'est que pour ce droit principal qu'elle prend naissance, et elle est une dépen-

(1) Loi 43, D., XLVI, 3.

dance nécessaire de ce droit. C'est au créancier de l'obligation seul qu'elle offre des avantages, pour tout autre, elle serait nulle et sans effet ; aussi ne peut-elle pas donner au créancier plus que l'obligation elle-même. Ces conséquences du caractère accessoire justifient bien le nom d'*accessio* que les Romains donnent à l'hypothèque et le rapprochement qu'ils en font avec la caution (1).

Une conséquence nécessaire de cette dépendance de l'hypothèque serait qu'elle disparut au moment où l'obligation qu'elle fortifie et qui lui sert de base, vint à s'éteindre, tandis que si l'obligation du débiteur subsiste, et si le créancier a seulement perdu la possibilité de poursuivre par l'action personnelle, elle demeurât debout. En outre l'hypothèque ne pourrait pas précéder l'obligation qu'elle doit garantir.

Les Romains n'ont pas été jusqu'à tirer du caractère accessoire ces conséquences extrêmes, et nous verrons dans la suite de ce travail que l'hypothèque peut être constituée pour garantie d'une dette future. Malgré cela il n'en reste pas moins certain que la législation romaine regardait l'hypothèque comme un droit dépendant incapable de se suffire à lui-même.

La nature accessoire du droit d'hypothèque étant un des principes les plus importants du régime hypothécaire romain, il importe de l'étudier en détail, de voir à quelles obligations peut accéder l'hypothèque. C'est ce que nous étudierons dans le chapitre suivant, car une obligation préexistante est une condition requise pour l'existence de l'hypothèque.

(1) Loi 43, D., XLVI, 3.

CHAPITRE II

Conditions requises pour l'existence de l'hypothèque.

Pour que le droit d'hypothèque puisse valablement se constituer, il faut : 1° une créance que vient garantir l'hypothèque; 2° un objet sur lequel porte l'hypothèque.

SECTION I^{re}. — De la créance garantie par l'hypothèque

Comme nous venons de le dire, l'hypothèque étant un droit accessoire, ne peut se concevoir que s'il existe un droit principal auquel elle vient s'adjoindre et qui est sa cause.

Toute obligation, quel que soit son objet, sa nature ou sa modalité, peut, en règle générale, et sauf de rares exceptions, recevoir la garantie d'une hypothèque. C'est ce que dit Marcien en termes aussi généraux que possible (1). « Il faut savoir qu'on peut hypothéquer une chose pour toute sorte d'obligation, soit qu'il s'agisse d'un prêt d'argent, d'une dot, d'une vente, d'un louage, d'un mandat; soit que l'obligation soit pure, à terme ou sous condition, soit que l'hypothèque soit donnée pour un contrat qui se forme actuellement, ou pour un contrat déjà formé. On peut aussi la constituer pour une obligation future. Elle peut être donnée non-seulement pour toute la somme à payer, mais même pour une partie seulement. Elle a lieu soit pour une obligation civile, soit pour une obligation prétorienne, soit pour une obliga-

(1) Loi 5, princ., D., XX, 1.

tion seulement naturelle. Mais la chose hypothéquée pour une obligation conditionnelle n'est engagée qu'autant que la condition s'accomplit. »

Cette loi, rédigée en termes extrêmement compréhensifs, montre bien que l'hypothèque peut s'adjoindre à toute sorte d'obligation, et l'examen détaillé des obligations au point de vue de leur cause, de leur objet, de leur source, de leur nature, de leurs modalités nous confirmera dans cette solution.

La cause de l'obligation peut varier, mais du moment qu'il y a obligation, il est possible de la garantir par une hypothèque. Marcien l'indique nettement : *Sive mutua pecunia datur, sive dos, sive emptio vel venditio contrahatur, vel etiam locatio et conductio, vel mandatum*. Peu importe donc le motif pour lequel est née l'obligation.

L'objet de l'obligation peut être de *dare*, de *facere*, de *præstare*. Ce sera le plus souvent l'obligation de *dare* et surtout celle qui a pour objet la remise d'une somme d'argent, qui sera garantie par l'hypothèque ; mais rien n'empêche qu'il en soit de même pour l'obligation de *facere* et celle de *præstare* (1). Toutes aboutissent au cas d'inexécution à des dommages intérêts, et sous la procédure formulaire il faut remarquer que la nouvelle créance issue de la *litis contestatio* aboutit le plus souvent à une condamnation pécuniaire.

La source de l'obligation contrat, quasi-contrat, délit ou quasi-délit importe peu, dans tous les cas, du moment que l'obligation existe, le créancier a intérêt à en assurer l'exécution par une garantie.

Au point de vue de leur nature, les obligations sont civiles, prétoriennes, ou naturelles. Les deux premières classes engendrent une action et donnent naissance à une véritable dette conforme à la dé-

1) Loi 9, § 1, D., XIII, 7.

finition donnée par la loi 108, D, L. 16, *debitor intelligitur is a quo invito exigi pecunia potest*, il est donc incontestable qu'elles peuvent être garanties par une hypothèque. Mais pour les obligations naturelles la question pourrait faire difficulté. L'exécution de l'obligation naturelle ne peut être poursuivie par voie d'action; elle n'offre donc pas le caractère exigé par la loi 108, en outre Ulpien (1) dit qu'elle n'engendre pas d'obligation, il semble donc impossible qu'elle puisse être garantie par une hypothèque. Mais si l'obligation naturelle est privée des avantages de l'obligation civile ou prétorienne, si elle n'engendre qu'une exception et ne peut exposer celui qui l'a contractée à une poursuite judiciaire, il faut néanmoins remarquer qu'elle n'est pas dénuée d'effets, et même qu'elle produit des conséquences importantes, elle crée notamment entre les parties un *vinculum æquitatis* comme dit Papinien (2) et elle fait obstacle à la *condictio indebiti*, lorsque le montant de la dette a été acquitté. Ces effets de l'obligation naturelle paraissent suffisants pour justifier la décision de Marcien disant que l'hypothèque peut avoir lieu pour une obligation *vel tantum naturalis*.

Il a été soutenu que l'hypothèque constituée pour la garantie d'une obligation naturelle, ne conférerait au créancier qu'un simple droit de rétention, et par conséquent qu'elle serait illusoire, si la possession n'était jointe au pacte d'hypothèque. Cette opinion nous paraît devoir être repoussée. Les textes envisagent dans notre cas l'hypothèque comme une véritable hypothèque produisant tous les effets de l'hypothèque ordinaire, et Gaius (3) dit « *nullum*

(1) Loi 7, § 4, D., II, 14.

(2) Loi 95, § 4, D., XLVI, 3.

(3) Loi 27 pr., D., IX, 4.

pignus est cuius persecutio negatur », donc de deux choses l'une : ou l'hypothèque ne peut garantir l'obligation naturelle, ou, si elle est possible, elle offre les caractères ordinaires de l'hypothèque.

Le type des obligations naturelles n'est pas unique en droit romain, on en rencontre diverses sortes qui doivent être examinées successivement.

Certaines obligations naturelle résultent d'une régénérescence d'une obligation civile (1). C'est ainsi que le créancier lié par une stipulation, tenant à encourir la *minima capitis deminutio* est libéré civilement, mais demeure tenu naturellement, cela suffit à la persistance de l'hypothèque. De même, quand un créancier par suite d'une *plus petitio* a épuisé son droit, le débiteur qui n'a pas payé demeure tenu d'une obligation naturelle.

Une obligation naturelle peut prendre naissance aussi à la suite de l'inobservation des formes requises pour constituer une obligation civile, par exemple lorsqu'une stipulation étant nécessaire à la naissance de l'obligation, les parties se sont bornées à faire un simple pacte. Dans ce cas, l'obligation naturelle qui en résulte est susceptible d'hypothèque, cela est indiqué, quant au pacte d'intérêt, par les lois 5, § 2 et 101, § 1, D. XLVI, 3, et il n'y a pas de raison pour le limiter à ce pacte.

L'incapacité d'un contractant peut dans certains cas donner naissance à une obligation naturelle, alors que les formes requises par la loi étant observées l'obligation serait civile, si elle était contractée entre personnes capables. L'emprunt fait par un fils de famille en violation du sénatus-consulte Macédonien n'engendre à la charge de celui-ci qu'une dette naturelle; peut-on la garantir par une hypothèque?

(1) Loi 14, § 1, D., XX, 1.

La question est tranchée pour la fidéjussion par la loi 9, § 3, D. XIV. 6, et la solution qu'elle donne doit s'appliquer à l'hypothèque, comme l'indique la loi 2, D. XX, 3. La loi 9, § 3, fait une distinction entre le cas où le fidéjusseur a un recours contre le fils et celui où ce dernier agit *animo donandi*. Dans le premier cas, le fils est fondé à invoquer le sénatus-consulte et à opposer l'exception ; dans le second cas au contraire l'exception lui est refusée. Cette solution doit être transportée de la fidéjussion à la matière de l'hypothèque, comme le veut la loi 2, D. XX, 3, et avec cette distinction, on peut dire qu'en principe l'hypothèque est valable.

Dans une hypothèse que l'on a la coutume de rapprocher, celle du sénatus-consulte Velléien interdisant à la femme l'*intercessio* pour autrui, il faut voir quel sera le sort de l'hypothèque consentie par un tiers pour garantir l'*intercessio* de la femme. L'exception donnée par le sénatus-consulte ne laisse subsister aucune obligation même naturelle (1). *Totam obligationem senatus improbat*, il n'y a donc pas de place pour l'hypothèque, à qui fera défaut la condition essentielle de son existence : une obligation principale. Du reste il faut remarquer la différence des motifs qui ont amené ces deux sénatus-consultes. Le Velléien est conçu dans un but de protection pour les femmes et leurs garants, tandis que le Macédonien est dirigé contre les usuriers et ceux qui par leur appui poussent les fils de famille à la ruine. Il était naturel de déclarer tenus les garants des fils de famille quand ils n'avaient pas de recours à exercer.

L'obligation contractée par le fils de famille envers le père pourrait être garantie par une hypothèque, en

(1) Loi 16, § 1, D., XVI, 1.

effet on peut y adjoindre un fidejusseur (1) et il n'y a pas de raison pour donner une solution différente.

Mais si le père s'obligeait envers son fils, son obligation ne pourrait être garantie par une hypothèque, car il faut un débiteur indépendant du créancier (1) « *nec fidejusso acceptus tenetur quia non potest pro eodem et eidem esse obligatus.* »

Si un esclave contracte une dette naturelle, il est loisible à un tiers de la garantir par une hypothèque, et l'esclave lui-même s'il a un pécule dont la libre administration lui a été concédée peut en hypothéquer un objet pour la garantie de ses créanciers (2). Si c'est l'esclave qui est créancier de son maître, il ne peut recevoir d'hypothèque pour la même raison que celle qui l'interdit en faveur du fils.

Toutes les fois que le pupille contracte seul il est d'après le droit civil tenu *quatenus locupletior factus sit*; au delà de son enrichissement, est-il tenu d'une obligation naturelle susceptible d'hypothèque? La question est discutée pour ces motifs que les effets ordinaires ne sont pas applicables à cette espèce d'obligation naturelle; c'est ainsi qu'on ne peut l'opposer en compensation, ni par voie d'exception; mais cependant nous pensons qu'il y a là une obligation naturelle. Si le pupille est protégé il n'y a pas la même raison pour en décider de même pour le tiers, qui volontairement accédera à son obligation par une hypothèque : celle-ci serait donc valable.

Il existe certaines obligations qui ne peuvent certainement pas être garanties par une hypothèque; ce sont celles qui sont nulles *ipso jure*, comme l'obligation d'un *infans*, la stipulation d'intérêts usuraires (3).

D'autres obligations, sans être nulles *ipso jure*,

(1) Loi 56, § 1, D., XLVI, 1.

(2) Loi 13, D., XII, 6.

(3) Loi 11, § 3, D., XIII, 7.

peuvent être paralysées par une exception péremptoire que le débiteur peut opposer au créancier ; celles-là ne sont pas non plus susceptibles d'hypothèque. Toutefois si l'hypothèque est consentie par un débiteur connaissant l'exception qui existe à son profit, et capable d'y renoncer, elle emportera renonciation à l'exception quant à l'hypothèque (1).

Au point de vue des modalités affectant les obligations, elles peuvent être à terme ou sous condition.

Les obligations à terme peuvent recevoir la garantie de l'hypothèque comme les obligations pures et simples, car la dette existe *hic et nunc*, mais alors le terme qui affecte l'obligation principale s'applique aussi à l'accessoire (2). Cependant Ulpien donne dans la loi 14, pr., D. XX, 1, une solution contraire « on a demandé si le terme du paiement n'étant point échu, le créancier pouvait en attendant, poursuivre le gage. Je pense qu'il le peut, parce qu'il y a intérêt. » Pour expliquer l'antimonie apparente de ce texte, on peut dire qu'il s'agit là de l'enlèvement prématuré du gage, auquel le créancier veut s'opposer.

Les obligations peuvent être affectées d'une condition résolutoire ou d'une condition suspensive. Pas de difficulté dans le cas d'une obligation sous condition résolutoire. D'après la théorie romaine, elle est pure et simple, mais résoluble sous condition : elle peut donc être garantie par une hypothèque, sauf à celle-ci à se trouver résolue le jour où s'accomplira la condition.

Mais pour une obligation sous condition suspensive, on ne peut dire qu'elle a une existence propre, tant que la condition ne s'est pas réalisée ; il semblerait donc qu'une hypothèque ne peut y accéder. C'est toutefois le contraire que décide la loi 5, § 1, D. XX, 1.

(1) Pellat, *Droit de gage et hypothèque*, p. 11.

(2) Lois 5 § 1, D., XX, 6 ; 4, D., XX, 5.

Il est vrai que l'hypothèque n'existera dans ce cas que si la créance vient à naître, c'est-à-dire la condition à se réaliser, mais alors elle produit son effet au jour de la convention, pourvu qu'à ce moment le futur créancier se soit trouvé dans la nécessité juridique d'effectuer la prestation, qui fait naître la créance, pour sûreté de laquelle il a stipulé l'hypothèque : c'est ce que décide la loi 11, § 1, D., XX, 4. Gaius semble dans cette loi expliquer ce résultat par l'effet rétroactif de la condition accomplie. Il nous paraît bien inutile de faire intervenir ici l'idée de rétroactivité, car l'hypothèque garantissant une dette future qui ne rétroagit pas, prend rang au jour de la constitution. Ce rang attribué à l'hypothèque est juste; le créancier doit être assuré de l'avantage qui l'a déterminé à s'imposer l'obligation de donner son argent. Il ne devrait pas en être de même s'il n'était pas lié par une telle obligation, au jour où il a donné l'argent. Les motifs lui manqueraient pour invoquer l'hypothèque à la date de la convention, puisqu'il était libre de prêter ou non, et bien plus, cela enlèverait à des créanciers antérieurs, le rang qu'ils ont acquis : la loi 1, pr., D., XX, 4, indique ces considérations d'équité.

A la règle que pose la loi 11, § 1, D., XX, 4, la loi 9, § 1, D., XX, 4, apporte une restriction, dans un cas où la condition est telle qu'elle ne peut s'accomplir sans la volonté du débiteur; aussi des auteurs ont soutenu que l'hypothèque ne pourrait jamais prendre rang au jour de la convention, s'il s'agit d'une condition potestative de la part du débiteur.

Cette opinion, ainsi formulée en sa généralité, paraît inadmissible, bien qu'elle invoque aussi en sa faveur les lois 11 pr., D. XX., 4 et loi 4., D. XX., 3, ces lois n'ont pas la portée qu'on veut leur donner dans l'opinion précédente, elles visent des cas où le créancier n'est pas plus obligé que le débiteur, et où il aurait le

droit de refuser au débiteur l'exécution demandée par celui-ci, s'il avait perdu confiance. Il ne faut pas en effet oublier que la simple promesse de faire un prêt, si elle n'est pas revêtue des formes de la stipulation, ne peut entraîner d'obligation civile pour le promettant, et dans ces textes, il n'est pas question de stipulation.

Au contraire, si le créancier était réellement obligé l'hypothèque prendrait rang au jour de la convention, quelque soit le moment auquel la condition se réalise, car l'hypothèque est le fondement de l'engagement du créancier. Voir à l'appui loi 1, pr., D. XX., 4. (1)

SECTION II. — De l'objet sur lequel peut porter l'hypothèque.

La constitution de l'hypothèque était au point de vue de l'objet particulièrement favorisée, et la règle générale était que toutes choses étaient susceptibles d'être ainsi grevées. Le principe semble posé par Gaius, dans la loi 9, § 1., D. XX. 1. *Quod emptionem venditionem que recipit, etiam pignorationem recipere potest* il y a toutefois des exceptions, comme par exemple l'impossibilité d'hypothéquer la chose d'autrui, mais cela tient à une incapacité propre au constituant, non à la nature de la chose.

Avant d'étudier en détail les choses susceptibles d'hypothèque, il est bon de voir celles qui ne peuvent être hypothéquées pour un vice inhérent à leur nature.

Ce sont d'abord les choses qui ne sont pas dans le commerce et ne peuvent, par suite, être vendues. Les

(1) Maynz, *Cours de droit romain*, I, § 241, p. 763, note 6, 3^e édit.

res publicæ, les *res religiosæ*, les droits de famille, de puissance paternelle, sauf dans le vieux droit romain, la possibilité pour le père de vendre ses enfants et par conséquent de les hypothéquer, pratique interdite par le droit nouveau à peine de la relégation (1). Toutes ces choses et l'exercice des fonctions publiques, sauf sous l'Empire, certains offices, ne pouvaient faire l'objet du droit d'hypothèque.

Si nous examinons le patrimoine, nous voyons qu'il se compose de choses corporelles et de choses incorporelles. Les unes et les autres peuvent être hypothéquées, bien qu'à la rigueur l'hypothèque étant un *jus in re* ne pourrait se concevoir que sur une chose corporelle. Cependant l'hypothèque ayant pour but de donner une garantie par la vente de la chose engagée, on l'étendit à toutes choses susceptibles d'offrir cette garantie, même aux choses incorporelles.

Et d'abord les choses corporelles dont on est propriétaire peuvent être l'objet d'une hypothèque, sans qu'il y ait à distinguer si ce sont des meubles ou des immeubles, bien qu'en fait le *pignus* s'applique aux meubles de préférence à l'hypothèque. Les *universitates rerum*, ensemble de choses de la même espèce comme un troupeau peuvent être hypothéquées aussi bien que les choses individuellement déterminées (2).

A l'égard des choses corporelles, dont on est propriétaire, pas de difficulté; on peut les hypothéquer; mais à côté de la propriété parfaite *ex jure quiritium*, les Romains connaissaient une autre propriété, l'*in bonis*, sanctionnée seulement par le Prêteur. Le propriétaire bonitaire pourra-t-il hypothéquer la chose qu'il a seulement *in bonis*? La solution de la question ne peut faire de doute même en faisant abstraction de la loi 18, D., XX, 1, aux termes de laquelle l'action

(1) Loi 5, D., XX, 3.

(2) Loi 34 pr., D., XX, 1.

servienne est accordée à celui qui n'ayant pas le *dominium* n'a que la publicienne ; il faut remarquer que l'hypothèque et l'*in bonis* puisent leurs armes dans l'arsenal prétorien, et le propriétaire bonitaire considéré comme vrai propriétaire, obtenant du Préteur une revendication utile, il n'y a pas de raison pour que celui-ci refuse au créancier hypothécaire l'action servienne.

Il se peut que le droit de propriété sur une chose soit divisé entre plusieurs ; chaque copropriétaire par indivis peut hypothéquer sa part dans la chose commune. Lorsque le partage intervenait entre copropriétaires, l'hypothèque frappait non-seulement la part échue au constituant de l'hypothèque, mais la part de chaque copartageant (1). En effet, d'après la théorie romaine, le partage constituant un véritable échange, chaque copropriétaire tenait le bien mis en son lot pour partie du défunt et pour partie de son copartageant : il devait donc respecter et subir les droits consentis par celui-ci durant l'indivision. Notre Code civil (art. 883), reconnaissant au partage un effet déclaratif et non attributif, fait éviter les inconvénients du système romain.

L'hypothèque des choses corporelles n'offre donc pas de sérieuses difficultés ; l'étude de l'hypothèque des choses incorporelles présente des questions délicates.

Les droits réels n'étant susceptibles ni de possession ni de tradition, ne pouvaient faire l'objet du *pignus*. Lorsque le Préteur eut complété le droit civil, en donnant à la *quasi-possessio* ou *possessio juris*, les effets de la *possessio rei*, la difficulté disparut pour le *pignus*. Jamais elle ne s'était montrée à propos de l'hypothèque. En effet, celle-ci n'exigeait nulle condi-

(1) Loi 7, § 4, D., XX, 6.

tion de possession, et ce n'était que dans les caractères propres de certaines *jura in re* qu'elle pouvait trouver un obstacle à son établissement.

Si la propriété est divisée entre deux personnes, la nu-propriété appartenant à l'une, l'usufruit à une autre ; le nu propriétaire peut incontestablement donner en gage la nue propriété. Quant à l'usufruitier, de même qu'il peut céder à un tiers son droit d'usufruit, en ce sens qu'il transfère les avantages, en conservant toujours sa qualité, il peut aussi l'hypothéquer (1); si le créancier est troublé dans sa jouissance, il paralysera l'action négatoire du nu propriétaire par une exception. *Si non inter creditorem et eum ad quem usus fructus pertinet, convenerit, ut usufructus pignori sit*, en effet, ajoute le jurisconsulte, puisque le Prêteur protège l'acheteur de l'usufruit, pourquoi ne protégerait-il pas aussi le créancier gagiste ?

Le droit d'usage au contraire, ne peut être hypothéqué, car il n'est pas de nature à être cédé, l'usager devant en jouir par lui-même. Le droit d'habitation se rapproche beaucoup de l'usage, mais Justinien (2) permettant de le louer, on peut dire qu'à l'exemple de l'usufruit il peut être hypothéqué.

Les servitudes réelles peuvent-elles être hypothéquées ? Lorsqu'un fonds hypothéqué est titulaire d'une servitude constituée, celle-ci étant une qualité du fonds est hypothéquée avec lui ; cela ne peut faire de doute, quelle que soit la nature de la servitude. Mais un propriétaire peut-il hypothéquer une servitude envisagée individuellement et séparément du fonds ?

Pour les servitudes *prædiorum urbanorum* la loi 11 § 3 D., XX, 1 est formelle, elles ne peuvent être l'objet d'une hypothèque *jura prædiorum urbanorum pignori dari non possunt: igitur nec convenire possunt ut hypothecæ*

(1) Lois 11, § 2 et 15 pr., D., XX, I.

(2) Inst., II, tit. 5, § 5.

sint. Elles ne peuvent être exercées par un autre que le propriétaire du fonds dominant ; si l'on suppose un fonds titulaire d'une servitude *non altius tollendi* il est impossible que cette servitude, transportée à un autre fonds, ait la même utilité : elle ne pourrait donc pas être vendue.

Pour les servitudes *prædiorum rusticorum*, Paul dit dans la loi, 12 D., XX, 1 : « Il faut voir si l'on ne pourrait pas engager valablement les servitudes de voie ; de passage, soit pour l'homme, soit pour des bêtes de somme et des voitures ; d'aqueduc, en ce sens que l'on conviendrait que le créancier userait de ces droits, en supposant qu'il ait un fonds voisin, et que, si l'argent n'était point payé avant un certain terme, il lui serait permis de vendre ces servitudes à un voisin. Cette opinion doit être admise à cause de l'utilité des contractants ». Il semble bien résulter de ce texte que l'hypothèque d'une servitude rurale est possible, mais les commentateurs ne sont pas d'accord sur le point de savoir s'il s'agit d'une servitude déjà établie ou d'une servitude à constituer.

D'après la première opinion la loi 12 devrait s'interpréter ainsi : Le propriétaire dont le fonds est titulaire d'une servitude déjà établie, peut détacher la servitude de son fonds, et l'hypothéquer à son créancier. L'effet de cette hypothèque sera de donner au créancier le droit d'user de la servitude tant qu'il ne sera pas payé et de la vendre à l'échéance à un voisin.

La seconde opinion au contraire, prétend que le texte se réfère uniquement à l'hypothèse d'une servitude à constituer. Le propriétaire du fonds donne à son créancier le droit de passer sur son fonds jusqu'au jour de l'échéance. Si à ce moment le créancier n'est pas payé, il constituera au profit d'un voisin, une servitude de passage. Il faut bien remarquer que jusqu'au jour de l'échéance, le créancier n'est pas investi

de cette servitude, il en use seulement, s'il a un *fundum vicinum* et la servitude ne prend réellement naissance qu'au jour de l'échéance, quand le créancier la vend à un propriétaire voisin. Cette opinion nous paraît devoir être préférée à la première, car dans celle-ci le créancier étant avant l'échéance titulaire de la servitude, c'est là une situation contraire à la nature et au but du droit de gage (1).

Le droit de superficie peut-être hypothéqué (2). Le superficiaire est celui qui a construit une maison sur le fonds d'autrui avec le consentement de celui-ci. D'après le droit civil, le propriétaire du fonds est propriétaire de la maison, mais d'après le droit prétorien le constructeur de la maison a un certain droit, dit droit de superficie, garanti par une action réelle, utile à l'imitation de la revendication.

Le possesseur de *l'ager vectigalis* et l'emphytéote peuvent constituer une hypothèque sur *l'ager* ou le fonds emphytéotique (3), sous cette réserve que si le droit s'éteint pour cause de cessation de paiement de la redevance, le droit de gage a le même sort (4).

Le *pignus* étant lui-même un *jus in re*, a été reconnu par les Romains susceptible d'hypothèque, et nous trouvons le contrepied de notre règle moderne. « *Hypothèque sur hypothèque ne vaut* » Le *pignus pignori datum* se comprenait bien pour le contrat réel de gage (5).

Primus ayant reçu de Secundus un objet comme garantie de sa créance le remettait à Tertius son créancier à titre de gage. Bien que cette situation ne donnait en droit aucune garantie à Tertius, en fait quand Secundus venait payer Primus, celui-ci lui faisait ver-

(1) Pellat, *Trad. de Schilling*, p. 71.

(2) Loi 13, § 3, D., XX, 1.

(3) Loi 15, § 2, D., XIII, 7.

(4) Loi 31, D., XX, 1.

(5) Loi 14, § 3, D., XLIV, 3.

ser la somme à Tertius, détenteur du gage. De là à l'hypothèque, la transition était facile, Primus ne pourra pas donner à Tertius la possession de l'objet engagé, il lui cédera la *pignoris persecutio*, le droit de vendre à défaut de paiement l'objet hypothéqué de la même façon et aux mêmes conditions que lui. On admet généralement en outre que le *subpignus* emporte *pignus nominis*, hypothèque de la créance garantie ; cette solution s'appuie sur des considérations d'utilité pratique et des textes positifs, notamment la loi 13 § 2, D., XX, 1.

L'hypothèque des créances est présentée comme un des derniers perfectionnements de la matière (7, C. IV, 39). La nature de la créance, relation entre deux personnes déterminées, avait entraîné son incessibilité ; mais plus tard, les Romains comprenant que la vente des créances constituait un excellent moyen de crédit, tournèrent la difficulté, en cédant l'exercice de la créance par la *procuratio in rem suam*. Les créances, devenues cessibles, purent être hypothéquées, car on comprend qu'un débiteur dise à son créancier ; j'affecte au paiement de ce que je vous dois ma créance contre un tel. L'effet de la constitution d'hypothèque sur une créance est de donner au deuxième créancier le pouvoir de vendre la créance et de se payer sur le prix, ou d'exiger à la place du créancier originaire l'exécution de l'obligation.

De cette étude des choses capables de faire l'objet de l'hypothèque, il ressort que tous les éléments du patrimoine, propriété, droits réels, créances, sont individuellement susceptibles d'être engagés comme sûreté des obligations. Tous les biens composant le patrimoine pouvant être engagés séparément, l'idée devait venir aux créanciers de demander d'un seul coup hypothèque sur tout le patrimoine, non seulement des biens présents, mais encore des biens à

venir. La *spécialité* de l'hypothèque se trouvait ainsi détruite et on la remplaçait par une pratique qui devait venir aggraver les inconvénients qu'offrait déjà le régime de non publicité. Dans la loi 1^{re}, pr., D., XX, 1, se trouve consacrée la *généralité* de l'hypothèque « *conventio generalis in pignore dando bonorum vel postea quæditorum recepta est.* »

A l'origine l'hypothèque de tout le patrimoine ne dut comprendre que les biens présents, on était arrêté, quant aux biens futurs, par cette considération que, les comprendre dans l'hypothèque générale, c'était hypothéquer la chose d'autrui. Bientôt on admit l'extension aux choses futures en les considérant comme grevées sous la condition qu'elles deviendraient la propriété du constituant, et Gaius nous dit : loi 15, § 1 D, XX, 1 que la clause affectant à l'hypothèque la généralité des biens tendit à devenir de style « *quotidie inseri solet cautionibus* ». Toutefois les diverses formules dont on se servait « *fide et periculo rerum ad me pertinentium* » *vel per rerum exactionem satisfieri tibi promitto* » pouvant ne s'appliquer qu'aux biens présents, l'opinion commune s'était formée dans un sens contraire, et Justinien (1) tranche la question dans le sens de l'opinion établie, en déclarant que ces formules comprendront les biens à venir comme les biens présents.

L'hypothèque conventionnelle ne devrait pas pouvoir s'écarter du principe de spécialité, sous peine de jeter une profonde perturbation dans le système hypothécaire entier, avec cette circonstance aggravante de la clandestinité de l'hypothèque. Quelle sûreté peut trouver le crédit contre un débiteur dont les biens présents sont grevés et dont les acquisitions postérieures le seront aussi au fur et à mesure de leur entrée dans le patri-

(1) Loi 9, C., VIII, 17.

moine ? Le créancier sera la dupe de ces hypothèques inconnues et générales. Tout au plus le caractère de généralité pourrait-il être accordé à l'hypothèque légale, si tant est qu'il soit bien nécessaire d'avoir des hypothèques légales ? Quand le législateur veut donner à une créance qui lui paraît digne d'intérêt une sûreté plus grande, il lui concède une garantie portant sur le patrimoine entier du débiteur, présent et à venir. C'est sans doute l'hypothèque légale du fisc qui fut à Rome le modèle de l'hypothèque générale privée ; triste exemple et application plus triste encore !

Nous n'avions pas à examiner quelle a été à Rome la portée de l'hypothèque sur les biens futurs au cas de concours de créanciers, c'est une question de l'effet de l'hypothèque en dehors de notre sujet.

CHAPITRE III

Établissement du droit d'hypothèque

L'hypothèque naît avant tout de la convention ; celle-ci fut pendant longtemps le seul mode normal de sa création, l'hypothèque par testament ne fut possible que très tard. En outre la loi protégea certains droits qu'elle trouva dignes d'un intérêt particulier par une hypothèque basée sur une fiction de convention, et on crut devoir permettre aux juges ce moyen de protéger les parties.

Par contre l'hypothèque, bien que droit réel, ne peut s'établir par les modes qui servent à constituer les autres droits réels. Tous les modes originaux d'établissement des droits réels manquent à l'hypothèque, et il est évident que l'occupation d'un droit d'hypothèque sur une chose sans maître est aussi peu possible que l'occupation d'une servitude.

La tradition était nécessaire pour la perfection du contrat de gage, mais c'était un désavantage de l'hypothèque que de n'avoir pas besoin pour exister de la remise de la possession, et si le *pignus* entraînait l'hypothèque, ce n'était pas parce qu'il y avait tradition mais parce qu'une sûreté plus grande en comprend une moindre.

La *mancipatio*, l'*in jure cessio* servant à transférer le domaine quiritaire, ne pouvaient s'appliquer à l'hypothèque, droit prétorien.

Les jurisconsultes romains n'indiquent nulle part comme mode d'acquisition de l'hypothèque l'adjudication, par laquelle il était loisible au juge de constituer sur un objet commun des servitudes et des usufruits (1). La raison principale était que le besoin ne s'en faisait pas sentir dans ces cas de partage par le juge; c'était en effet un usage judiciaire romain que d'exiger d'abord comme garantie, des cautions, les sûretés réelles ne venant que comme complément.

Enfin le droit romain n'admettait pas l'acquisition d'un droit d'hypothèque par l'effet du temps et la raison était la nature civile de l'usucapion. Ce procédé qui, à l'époque du développement de l'hypothèque, était le seul mode d'acquisition par l'effet du temps, s'appliquait uniquement au droit civil et ne pouvait servir à l'hypothèque, inconnue au *jus civile*.

Les seuls modes de constitution de l'hypothèque sont donc : la convention, le testament, la loi, l'autorité du magistrat. Nous les étudierons successivement dans quatre sections.

SECTION I. — De l'hypothèque établie par la convention.

Avant d'étudier les formes de la convention d'hypothèque, il faut au préalable savoir : qui peut constituer une hypothèque et au profit de qui elle peut être constituée.

(1) Lois 16, § 2, D., VII, 1 ; 46, § 1, D., X, 2.

§ I. — Qui peut constituer une hypothèque.

La règle générale est que pour pouvoir constituer une hypothèque, il faut être propriétaire de la chose qui va faire l'objet de l'hypothèque. Si la règle est ici différente de celle que les jurisconsultes nous donnent à propos de la vente, il est facile d'en trouver l'explication dans le but différent de ces deux institutions. La vente en droit romain n'a d'autre effet que de faire naître des obligations, le vendeur s'oblige à donner la chose à l'acheteur ; l'hypothèque au contraire, donne immédiatement naissance à un droit réel qui ne peut se comprendre que si le constituant a sur la chose un droit de propriété.

Toutefois nous avons vu en étudiant l'objet de l'hypothèque que les démembrements de la propriété pouvaient être l'objet du droit d'hypothèque, il s'en suit donc que les titulaires de ces droits ont le pouvoir de constituer des hypothèques. L'usufruitier, l'emphytéote, le superficiaire le peuvent, et ce qu'hypothèquent ces deux derniers, c'est non l'exercice de leur droit, mais la chose elle-même, car le droit prétorien les considère comme des propriétaires (1), et le créancier aura l'action hypothécaire contre tout détenteur (2).

La règle est donc que pour hypothéquer, il faut être propriétaire, mais il n'est pas nécessaire que l'on soit propriétaire pour le tout de la chose que l'on veut hypothéquer, un copropriétaire par indivis peut très valablement hypothéquer sa part indivise et le partage romain étant une aliénation, le droit réel d'hypothèque continuait à gréver après le partage les portions de la chose acquise par les autres copropriétaires (3).

(1) Lois 16, § 2, D., XIII, 7 et 31, D., XX, 1.

(2) Loi 13, § 3, D., XX, 1.

(3) Loi 7, § 4, D., XX, 6.

Les Romains de l'époque classique connaissaient deux sortes de propriété : la propriété quiritaire ou propriété du droit civil, et l'*in bonis* ou propriété prétorienne résultant par exemple de l'inobservation des formes exigées pour le transfert de la propriété civile.

Le propriétaire quiritaire pouvait évidemment constituer une hypothèque, mais aux yeux du droit prétorien celui qui avait la chose *in bonis* était un véritable propriétaire et le Préteur devait sans difficulté protéger l'hypothèque consentie par celui-ci sur sa chose. De même que le propriétaire bonitaire avait la *publicienne*, — son créancier hypothécaire avait l'action *servienne* sans même qu'il soit besoin d'en modifier la formule, puisqu'il suffit au créancier de démontrer *rem in bonis debitoris fuisse* (1).

A côté de la propriété bonitaire, se rencontre une situation à laquelle s'intéresse le Préteur pour la protéger par la *publicienne* : c'est quand une chose était livrée *ex justa causa* par un non propriétaire à un acquéreur de bonne foi. Celui-ci, dit possesseur de bonne foi, pouvait usucaper ; pouvait-il hypothéquer ? La solution affirmative peut s'appuyer sur la loi 18, D. XX, 1, qui donne l'action *servienne* à celui qui a la *publicienne*, en effet à l'époque du digeste, la distinction du domaine quiritaire et du domaine bonitaire a disparu, et la *publicienne* est un moyen propre au possesseur de bonne foi. Du reste si la loi 18 à cause de son application à deux cas distincts ne paraît pas un argument suffisant, la loi 21, § 1, D. XX, 1, vient pour le cas spécial du possesseur de bonne foi, nous montrer que telle était déjà la solution à l'époque classique.

Revenons à l'hypothèse d'un propriétaire *ex jure quiritium*, lui seul peut hypothéquer la chose, objet de son droit, il est donc impossible d'hypothéquer la chose d'autrui.

(1) Loi 15, § 1, D., XX, 1.

Il y a néanmoins des cas où l'hypothèque de la chose d'autrui est valable.

1° L'hypothèque a été consentie à l'insu du propriétaire, mais ultérieurement celui-ci ratifie. La loi 16, § 1, D, XX, 1, nous dit que par cela même qu'il ratifie, il a voulu que sa ratification rétroagît au temps de la convention ; mais si le propriétaire a dans l'intervalle consenti lui-même d'autres hypothèques, celles qu'il ratifie ne peuvent rétroagir au détriment de ces créanciers qui tiennent leurs droits directement de lui.

2° L'hypothèque a été consentie par un tiers, mais avec l'assentiment du propriétaire (1).

3° L'hypothèque a été constituée par un tiers, mais le propriétaire qui connaissait la constitution n'a rien dit et a trompé frauduleusement le créancier (2).

4° Le débiteur peut constituer une hypothèque sur une chose qu'il se propose d'acquérir, et qu'il désigne expressément (3) ; mais alors l'hypothèque est censée constituée sous condition.

5° La constitution d'hypothèque sur la chose d'autrui est encore valable lorsque le constituant était créancier de la chose (4), ou qu'elle lui avait été au préalable donnée en gage.

6° Enfin l'hypothèque générale étant permise (5), on autorisait par là l'hypothèque sur la chose d'autrui, en vertu de cette idée généralement admise, qu'une telle convention d'hypothèque embrassait les biens à venir et les biens présents.

En dehors de ces cas exceptionnels, l'hypothèque consentie *a non domino* était nulle, mais il pouvait se faire que celui qui avait consenti une hypothèque sur

(1) Loi 20, D., XIII, 7.

(2) Loi 2, C., VIII, 16.

(3) Loi 16, § 7, D., XX, 1.

(4) Loi 1, pr., D., XX, 1.

(5) Loi 15, 1, D., XX, 1.

la chose d'autrui devint plus tard propriétaire de cette chose ; quel était alors le sort de l'hypothèque ? Il est évident qu'au point de vue juridique, cette acquisition postérieure de la propriété ne pouvait rétroactivement effacer le vice affectant l'hypothèque au jour de sa constitution. Le créancier intentant l'action servienne ne pouvait, même après l'acquisition postérieure de la propriété par le débiteur, prouver aux termes de la loi 15, § 1, D., XX, 1, que le constituant avait la chose *in bonis* au jour de la convention. Il se trouvait donc comme le constate la const., 5, C, VIII, 16 dans l'impossibilité d'invoquer un moyen de droit. Cette solution si logique au point de vue juridique pur devait blesser les sentiments d'équité des jurisconsultes romains et les amener à créer des moyens de protéger ce créancier si digne d'intérêt. Ces moyens, Papinien nous les indique dans la loi 1, pr. D., XX, 1, « *in speciem autem alienæ rei collata conventionem si non fuit ei, qui pignus dabat, debita, postea debitori dominioque cedito, difficilior creditoribus qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur : sed facilio, erit possidenti retentio.* » Ce texte vise expressément le cas où le créancier savait que la chose hypothéquée n'appartenait pas au débiteur, il suppose donc la situation inverse, celle du créancier ignorant et nous allons les examiner successivement.

Si le créancier ignore que le débiteur n'est pas propriétaire, autrement dit s'il est de bonne foi, il aura l'action servienne sous forme d'action utile, cette modification de la formule est en effet nécessitée par l'absence d'une condition *rem in bonis debitoris fuisse* (1). Si le créancier possède la chose et si le débiteur veut reprendre la chose engagée, il aura le droit de rétention (2).

(1) Loi 41, D., XIII, 7.

(2) A fortiori de la loi, 1, pr., D., XX, 1.

Si le créancier est de mauvaise foi, c'est-à-dire n'ignore pas que la chose n'est pas au débiteur, il semble qu'il n'y a pas de raison pour protéger la mauvaise foi, et qu'il doit être absolument privé de tout moyen.

Il n'en est pas toutefois ainsi et dans le cas où il détient le gage, la loi 1 pr., D, XX, 1, lui donne le droit de rétention. En l'espèce nous trouvons en présence deux individus également peu dignes d'intérêt; le débiteur qui constitue sciemment une hypothèque sur la chose d'autrui ne paraît pas devoir mériter une protection plus que celui qui la reçoit. Bien plus, quand ce débiteur devenu postérieurement propriétaire veut reprendre la chose engagée aux mains du créancier, il semble juste dans ce débat de faire pencher la balance plutôt en faveur de celui-ci, et de lui faire l'application de la maxime *in pari causa melior causa possidentis*.

Mais, si le créancier n'est pas en possession, va-t-on faire un pas de plus, et l'assimilant au créancier de bonne foi, lui donner l'action hypothécaire *utilis* pour se faire délivrer la chose.

Cette solution a été soutenue par les motifs suivants : d'autres textes, la loi 41, D., XIII, 7., la constit. 5., C, VIII, 16, qui reproduisent la décision de la loi 1., D, XX., 1, ne font pas mention de la condition de bonne foi, elle n'est donc pas une condition *sine qua non* de l'obtention de l'action *utilis*. Du reste, la loi 1 de Papinien n'est pas absolument formelle. Papinien dit bien que le créancier *qui non ignoravit alienum*, obtiendra *difficilius* l'action utile, mais il ne dit nullement qu'elle lui sera refusée. Cela signifie seulement qu'il y a plus de répugnance à le protéger, mais non qu'on ne le veut pas. On fait en outre remarquer qu'à proprement parler, il n'y a pas ici de mauvaise foi. A qui un créancier nuit-il quand il accepte une hypothèque sur la chose d'autrui ?

Malgré ces raisons, il est généralement admis que

le créancier de mauvaise foi n'a pas l'action utile; c'est pour une raison d'équité que la loi vient au secours du créancier et il n'y a pas de motif pour protéger la mauvaise foi. La loi 1 est du reste bien formelle, *difficilius* n'indique pas chez Papinien une hésitation à accorder l'action, mais bien un refus formel de cette action, les jurisconsultes manifestant généralement leurs opinions sous cette forme hésitante.

Enfin, les autres textes ne peuvent s'entendre que d'un créancier de bonne foi, ainsi la loi 41, D., XIII, 7. Paul, « en accordant l'action au créancier, suppose qu'il se trouve en présence d'un débiteur qui l'a trompé, et qu'il peut convaincre de mensonge « *ut ex suo mendacio arguatur* » reproche qui ne se concevrait pas dans la bouche de celui qui aurait été édifié sur les droits de son débiteur (1). »

La situation inverse de celle que nous venons d'étudier, peut se présenter : le véritable propriétaire peut devenir l'héritier du constituant, quel sera le sort de l'hypothèque?

On peut concevoir que ce décès vienne consolider l'hypothèque, et qu'elle soit dès lors pleinement valable, ce que nous dit Modestin dans la loi 22, D., XX, 1. On peut à l'inverse décider que l'héritier n'est pas tenu de l'hypothèque, et c'est la solution donnée par Paul dans la loi 41, D., XIII, 7. On le voit, les deux solutions radicalement inverses sont consignées au Digeste. Comment l'expliquer et laquelle préférer?

Il nous semble bon tout d'abord de reproduire les deux lois qui font naître la difficulté.

Loi 22: « Si je deviens héritier de Titius, qui avait hypothéqué ma chose à son créancier à mon insu, le gage ne devient pas valable directement, mais l'action

(1) Machelard, *Textes sur l'hypothèque*, p. 116.

hypothécaire utile sera donnée au créancier. » Modestin accorde donc formellement l'action au créancier.

Loi 41 : « Vous avez donné en gage la chose d'autrui, ensuite vous êtes devenu propriétaire de cette chose l'action utile du gage est donnée au créancier (ceci a trait au cas inverse où le constituant de l'hypothèque devient propriétaire de la chose). Il n'en faut pas dire autant, si je deviens héritier de Titius, qui avait obligé ma chose sans ma volonté ; car, dans cette hypothèse, la faculté de poursuivre le gage ne sera point accordée au créancier. Il ne suffit point, en effet, pour que l'action utile du gage compète, que la même personne réunisse les deux qualités de propriétaire de la chose et de débiteur de la somme. » Paul est aussi formel que Modestin pour refuser au créancier toute action.

Ces solutions, diamétralement opposées sur la même question dans le même corps de lois, ont fortement tourmenté les commentateurs qui ont essayé par tous les moyens possibles d'arriver à une conciliation.

Accurse, Doneau pensent que la loi 22 suppose un *pignus* et qu'il s'agit de l'action *pigneratitia contraria*. Cette opinion est inacceptable : l'expression *pigneratitia* employée par le texte est loin d'être probante, car elle désigne souvent l'action réelle hypothécaire ; du reste, s'il s'agissait de l'action personnelle *pigneratitia*, elle serait donnée *directa* et non *utilis* puisque les obligations du défunt incombent à l'héritier.

D'après Voët la loi 22 vise bien l'hypothèque ordinaire comme la loi 41, mais elle suppose des conditions de fait différentes accompagnant la constitution de l'hypothèque. Modestin avait en vue le cas où la chose aurait été hypothéquée à l'insu simplement du propriétaire, *ignoranti domino*, tandis que Paul supposait le constituant agissant malgré l'opposition formelle du propriétaire, *sine mea voluntate*. Vou-

loir trouver cette distinction dans les termes différents employés par les deux jurisconsultes semble bien hardi, et on peut du reste faire remarquer que, dans un cas comme dans l'autre, il y a absence de volonté du propriétaire.

D'autres conciliations ont été proposées par Buchel Sintenis, Mayer, elles reposent presque toutes sur des modifications matérielles à faire subir au texte jusqu'à en arriver à ajouter une négation au fragment de Modestin comme le fait Huschte.

Dans l'impossibilité de trouver une conciliation sérieuse et plausible, le plus simple ne serait-il pas d'admettre avec Cujas et Pothier une antinomie entre les deux textes, résultant des opinions différentes de Modestin et de Paul sur la question? Le texte de Modestin est tiré des *Libri differentiarum*, où se trouvaient consignées des espèces divisant les jurisconsultes, la loi 22 reproduirait l'opinion de Modestin sur cette question controversée.

En face de ces lois inconciliables, on admet donc l'existence de deux solutions différentes, mais quand il s'agit de savoir laquelle des deux doit être préférée, la discussion recommence : on ne sait qui doit l'emporter de Paul ou de Modestin !

Les uns tiennent pour l'opinion de Paul qui leur paraît plus juridique, en effet l'addition d'hérédité peut faire passer à l'héritier les obligations du *de cujus*, mais ne peut créer un droit réel qui exige la volonté du propriétaire.

Cujas et Pothier au contraire penchent pour Modestin ; à leur avis ses ouvrages postérieurs à ceux de Paul, marquent le dernier état du droit, et en outre la décision de Modestin est insérée au chapitre relatif à la matière.

Le constituant de l'hypothèque doit non-seulement être propriétaire, mais avoir la faculté d'aliéner. Il est

donc nécessaire de faire l'application des règles relatives à la capacité d'aliéner. La variété des espèces et les différentes étapes qu'a parcourues la législation romaine, ne nous permettraient d'offrir sur cette matière qu'un exposé incomplet. D'autre part l'examen détaillé de la question devant nous entraîner hors de notre sujet, nous nous bornerons à poser ce principe général que la capacité requise pour hypothéquer est celle d'aliéner.

§ II. — **Au profit de qui peut être constituée
une hypothèque.**

La condition indispensable pour recevoir valablement une hypothèque, c'est d'être créancier, c'est la conséquence du caractère accessoire de l'hypothèque, qui ne peut se concevoir sans créance et au profit d'un autre que le créancier.

Tout créancier peut donc recevoir une hypothèque, soit par lui-même, soit par toute personne en sa puissance, ainsi le *paterfamilias* acquérait le bénéfice d'une hypothèque consentie en faveur de son esclave, ou du fils qu'il avait sous sa puissance.

Pouvait-on acquérir une hypothèque par un mandataire *extraneus*, même muni d'un mandat spécial ? Nous savons que d'après les idées primitives des Romains sur la représentation, le mandant ne pouvait acquérir directement aucun droit par l'entremise du mandataire. Toute obligation, tout droit réel acquis par le mandataire reposait sur la tête de celui-ci, et le bénéfice devait être ultérieurement transmis au mandant par une cession formelle.

Ces principes sont formulés dans la loi 11, § 6, D, XIII, 7 « *per liberam autem personam pignoris obligatio nobis non acquiritur* », le mandant n'était pas in-

vesti de l'action hypothécaire, et il lui fallait pour l'intenter une cession du mandataire, c'était bien la doctrine générale. Toutefois la loi 21, D, XX, 1 donne une solution contraire, « Si une convention d'hypothèque a eu lieu entre mon fermier et mon procureur, soit que je ratifie la convention, soit que j'aie donné mandat, elle sera censée passée entre moi et mon fermier. » Le jurisconsulte supposant que le *procurator* du bailleur s'est fait consentir une hypothèque par le *colonus*, décide que l'action hypothécaire passant par dessus la tête du mandataire, appartiendra directement au mandant. C'est, pensons-nous, une dérogation à la règle de la loi 11, § 6, justifiée par la faveur dont jouissait le bail à ferme, mais non le renversement de la théorie générale des Romains sur les effets du mandat.

Une autre exception à ces principes généraux se rencontre enfin dans la constitution 2, C, IV, 27. Il avait été admis que pour le *mutuum*, la *condictio ex mutuo* naissait directement dans la personne du mandant, tandis que l'hypothèque consentie pour sûreté de la dette, reposerait sur la tête du mandataire. Justinien corrigea cette anomalie en décidant dans la constitution 2, que l'action hypothécaire naissait directement au profit du mandant.

Le pupille pouvant acquérir valablement sans l'intervention de son tuteur, il semblerait qu'il fut capable de recevoir seul une hypothèque à son profit. Cette solution souffre cependant quelque difficulté, à cause de la loi 38, D. XIII, 7, qui exige formellement l'autorisation du tuteur, lorsqu'il reçoit un gage de son débiteur.

Toutefois ce texte nous paraît devoir être restreint au cas du *pignus* proprement dit et ne pas être étendu à l'hypothèque. Le *pignus*, en effet, mettant le créancier en possession, crée des obligations à sa

charge et l'expose à l'action *pigneratitia*, tandis qu'il n'y a rien de pareil avec l'hypothèque, et il n'y a aucune raison pour interdire au pupille de recevoir seul une hypothèque, qui rend sa position meilleure.

Enfin l'hypothèque bien qu'impossible à ceux qui ne peuvent acquérir la chose, est permise aux *præses provinciæ*. C'est la situation à laquelle fait allusion la loi 24., D, XX, 2.

§ III. — De la convention d'hypothèque

Contrahitur hypotheca per pactum conventum dit Gaïus, 4., D, XX., 1. N'est-il pas étrange de voir le droit romain généralement si formaliste, se départir ici de sa rigueur et admettre pour l'hypothèque de telles facilités? La convention d'hypothèque était pour les Romains, la plus libre de toutes les conventions, dit M. Jourdan (1), et certes on est en droit de le regretter. Il est toutefois assez facile de s'expliquer pourquoi la constitution de l'hypothèque apparaît avec ce caractère dans la législation romaine. Si nous nous reportons à l'origine et au développement primitif de l'hypothèque, si nous remarquons qu'elle est la dernière étape d'une législation qui tend à la simplification, on comprend bien qu'après le *pignus* créé par la tradition, on devait en arriver à admettre la simple convention comme mode créateur de l'hypothèque, d'autant plus que le *precarium* remettant postérieurement au débiteur les objets dont il s'était dessaisi, effaçait en quelque sorte la tradition consentie.

L'hypothèque pouvant s'établir par convention, n'exigeait aucune solennité environnant cette convention, aucun terme sacramentel; l'échange des deux

(1) Jourdan, *De l'hypothèque*, p. 344.

volontés suffit, et si un écrit est rédigé, c'est uniquement en vue de faciliter une preuve ultérieure, mais non pour donner la vie à l'hypothèque.

La conclusion de l'affaire n'exigeait même pas la présence des parties, « *pignoris obligatio etiam inter absentes recte ex contractu obligatur* » (1). Une simple lettre missive suffisait pour porter au créancier le consentement du débiteur. La loi romaine n'exige même pas que cette lettre soit signée et datée, quelles que soient les lacunes à cet égard, elle est valable : « *quum convenisse de pignoribus videtur, non idcirco obligationem pignorum cessare, quod dies et consules additi, vel tabulæ signatæ non sint* » (2). Il est difficile de pousser plus loin la tolérance, et pourtant la décision de la loi 26, § 1, D., XX, 1, peut paraître plus exorbitante encore : un père emprunte une somme d'argent et fait écrire par son fils émancipé le billet, sous prétexte qu'il ne peut pas écrire lui-même, et ce billet porte que c'est la maison du fils qui est hypothéquée. Le père meurt, le fils répudie sa succession. Conservera-t-il sa maison libre d'hypothèque? Modestin nous répond : en écrivant ce que lui dictait son père, le fils a accompli un fait qui manifeste suffisamment son consentement à la constitution d'hypothèque. Par conséquent, sa maison demeure grevée d'hypothèque comme par le passé. Ce texte montre que le consentement à l'hypothèque s'induisait de simples faits et il est corroboré par la loi 5, § 2, D., XX, 2. Quelqu'un se portant fidejusseur, ratifie la convention d'hypothèque faite préalablement sur ses biens propres, par le débiteur qu'il cautionne.

L'intention seule suffit à établir l'hypothèque, sans que le débiteur formule aucun consentement. Ceci nous est prouvé par la loi 3, § 2, D., XX, 4. Il s'agit

(1) Loi 23, § 1, D., XX, 1.

(2) Loi 34, § 1, D., XX, 1.

dans ce texte du propriétaire d'un immeuble qui a donné à un tiers le droit de le vendre. Papinien en conclut qu'il a concédé une hypothèque.

La remise au créancier des titres de propriété de l'immeuble entraîne par interprétation de volonté l'hypothèque sur le fonds, const., 2, C., VIII, 17. « *Quum constet pignus consensu contrahi, non dubitamus eum qui emtiones agrorum suorum pignori posuit de ipsis agris obligandis cogitasse.* »

De tous ces textes, il résulte que le consentement du débiteur à la constitution d'hypothèque peut être tacite, intentionnel, ou formellement exprimé; le résultat est toujours le même. Le droit réel d'hypothèque est constitué indépendamment de toute tradition, ou d'autre formalité.

L'hypothèque ainsi constituée, on peut recourir à toute espèce de preuves pour établir son existence et sa date; ces preuves une fois faites, l'hypothèque produit tous ses effets, tant entre les parties que vis-à-vis des tiers.

La clandestinité résultant de cette absence de toute formalité, aboutissait à léser gravement les tiers, qui pouvaient ignorer l'affectation hypothécaire dont les biens du débiteur étaient grevés. La législation avait pris certaines précautions pour atténuer cet inconvénient, elle frappait des peines du stellionnat celui qui hypothéquait ses biens sans déclarer qu'ils étaient déjà grevés, mais le résultat pratique était maigre. Il eut mieux valu substituer à ces rigueurs un bon système de publicité. On voit quelquefois dans la constitution de l'empereur Léon de 449 une tentative d'établissement d'un régime de publicité: nous ne pensons pas que cette idée soit exacte. L'empereur déclare bien que les hypothèques consenties par écrit seront préférées aux hypothèques simplement conventionnelles, mais ce n'est là qu'une question de preuve, et

après comme avant lui l'écrit n'a jamais été exigé à Rome, comme condition de validité de l'hypothèque.

SECTION II. — De l'hypothèque établie par testament.

L'époque de la naissance de cette institution inconnue à notre droit civil, fait l'objet d'un débat entre les commentateurs.

Pour les uns, l'hypothèque établie par acte de dernière volonté daterait de rescrits des empereurs Sévère et Antonin. En faveur de cette opinion, ils invoquent la loi 26, D, XIII, 7 dans laquelle Ulpien dit : « *testamento quoque pignus constitui posse, imperator noster cum patre scèpissime rescripsit.* »

Pour d'autres, ce serait une institution plus ancienne et les rescrits cités par Ulpien étaient destinés à sanctionner une pratique existante.

L'hypothèque établie par testament, fut une institution produite par une évolution lente des moyens d'assurer l'exécution d'un legs. A l'origine, la situation du légataire sous condition, en présence de l'héritier propriétaire, avait attiré l'attention du Préteur, qui, pour assurer l'exécution du legs, exigeait d'abord des cautions de l'héritier. Mais il était certains legs, pour lesquels il était difficile de trouver des cautions, à cause de leur durée incertaine : les legs d'aliments. Les testateurs eurent l'habitude de désigner un fonds dont les revenus seraient affectés au service des aliments, et l'héritier dut en transférer la propriété aux légataires. Cet arrangement étant défectueux pour l'héritier, on admit que le fonds serait simplement affecté à la garantie hypothécaire de la créance d'ali-

ments (1). Telle est l'origine de l'hypothèque testamentaire (2).

Souvent on confond l'hypothèque constituée par la convention, et celle née d'un testament sous le nom commun de *pignus voluntarium*, et on leur applique les mêmes règles. Ce serait, en effet, l'addition d'hérédité qui donnerait sa valeur à la disposition testamentaire, il y aurait à ce moment pacte d'hypothèque. Il est plus exact de voir là un legs proprement dit, auquel on appliquera autant que possible les règles des legs.

Les conditions de forme, de capacité seront les mêmes ; ce qui peut-être légué pourra être l'objet de l'hypothèque : la chose du testateur, celle de l'héritier, celle d'un tiers.

L'hypothèque testamentaire pourra être établie pour garantie de la créance contre le testateur, de la créance du légataire contre un tiers, de la créance contre l'héritier à raison d'une disposition testamentaire.

SECTION III. — De l'hypothèque établie par l'autorité du magistrat

On distingue deux sortes de gage établies par le magistrat : l'un portant le nom de *pignus prætorium* et se produisant dans les cas où il y a *missio in possessionem rei servandæ causa* ; le second, *pignus in causa judicati captum* se présentant comme correction du premier, en ce qu'il a de trop dur pour le débiteur condamné et n'exécutant pas la sentence.

(1) Loi 12, D., XXXIV, 1.

(2) Jourdan, *De l'hypothèque*, p. 380.

§ I. — « **Du pignus prætorium** »

Quand le Préteur voulait vaincre le mauvais vouloir d'un débiteur ou garantir un droit actuel ou futur, il prononçait, au profit du créancier une *missio in possessionem* de tout ou partie des biens de l'adversaire.

La loi 26, D : XIII, 7, semble indiquer que toutes les fois que le magistrat envoyait quelqu'un en possession pour une cause quelconque, il constituait un droit de gage ; il n'en est cependant rien. Il est des *missiones in possessionem* qui par elles-mêmes présentent assez de garanties pour ne pas avoir besoin de supposer en outre une hypothèque. Ce n'est qu'aux *missiones* ne présentant pas par elles-mêmes un caractère d'efficacité suffisante que s'adjoint le *pignus prætorium*.

Ulpien indique dans la loi 1, D., XLII, 4 les différentes *missiones in possessionem* du droit prétorien. Ce sont :

1° L'envoi en possession dans l'intérêt des héritiers. Ici l'héritier ne demande pas un gage, mais bien sa chose. Les principaux cas sont : la *missio in bona ex carboniano edicto* accordée à l'impubère successible dont l'Etat est contesté ; la *missio in possessionem ventris nomine* dans l'intérêt de l'enfant dont la veuve du *de cujus* se prétend enceinte ; la *bonorum possessio furiosi nomine*, le curateur n'a qu'une *bonorum possessio* provisoire pour réserver au *furiosus* guéri le libre exercice de son droit.

2° L'envoi en possession dans l'intérêt des légataires. Il est accordé au légataire qui ne peut exiger la délivrance immédiate de son legs, et à qui l'héritier refuse caution. Si le legs est exigible, il y a lieu à l'expiration

du délai de six mois à la *missio antoniana* introduite par un rescrit de Caracalla (1).

3° L'envoi en possession *rei servandæ causa* accordé aux créanciers. Cette *missio* se produit dans des circonstances différentes, mais elle répond toujours à l'un de ces deux besoins : elle a lieu, 1° pour arriver à l'exécution d'une décision judiciaire ; 2° pour sauvegarder les intérêts du demandeur qui est empêché de le faire, par suite d'une défense insuffisante de la part de son adversaire (2). Peu importe que cette défense insuffisante résulte d'une cause indépendante de la volonté du débiteur ou de son intention frauduleuse.

Dans les envois en possession attribuant un droit de propriété comme celui en faveur des héritiers, il n'est pas question de *pignus prætorium*. Dans d'autres, par exemple, dans celui *servandorum legatorum causa*, l'idée de gage n'apparaît que d'une manière très restreinte, les légataires n'ayant pas le droit de vendre. Au contraire, lorsqu'il s'agit des *missiones rei servandæ causa*, on peut arriver à la vente des biens, et on trouve les principaux effets d'une véritable constitution d'hypothèque.

Parler du *pignus prætorium*, c'est donc parler de l'envoi en possession *rei servandæ causa*, qui en est le principe et l'origine.

1° QUI PEUT DEMANDER L'ENVOI ET A QUI PROFITE-T-IL ?

Tous les créanciers, ou plusieurs, ou même un seul d'entre eux peuvent obtenir l'envoi en possession, mais celui qui l'obtient ne fait pas seulement son affaire, il fait celle de tous ses cocréanciers (3). Justi-

(1) Loi 5, § 16, D., XXXVI, 4.

(2) Gaius, *Com.*, III, § 78.

(3) Lois 5, § 2, D., XXXVI, 4 et 12, D., XLII, 5.

nien (1) confirme pleinement cette règle ; il considère comme juste que tous les créanciers d'un même débiteur jouissent de l'envoi en possession obtenu par l'un d'eux, et que les causes de préférence ne soient pas le prix de la course. Mais il ne faut pas favoriser la négligence, et la constitution 10 subordonne la *communio in rerum possessione* à une condition : pour en jouir, les créanciers présents, c'est-à-dire qui habitent la province où sont situés les biens faisant l'objet de cette mesure, doivent se faire connaître dans le délai de deux ans, les absents, ceux qui habitent une autre province, dans le délai de quatre ans.

Tout créancier, avons-nous dit, a le droit de demander l'envoi en possession, et cette proposition est d'une vérité incontestable, lorsqu'on le suppose pur et simple ; il n'en est plus ainsi, s'il est conditionnel ou à terme.

Paul accorde le bénéfice de l'envoi, même aux créanciers dont le droit est soumis à certaines modalités (2), puis après avoir dit oui dans son *Commentaire sur l'Edit*, il dit non dans son livre des *Questions* (3). Ulpien est, en ce sens, pour refuser l'envoi (4).

On est fort embarrassé pour donner une solution, en présence de ces textes contradictoires. D'après Cujas, l'envoi est accordé au créancier conditionnel ou à terme ; c'est ce que dit la loi 6 pr. ; mais il ne produit pas de droit de gage, il ne donne pas lieu à une prise de possession effective : c'est ce que dit la loi 14, § 2.

Doneau pense qu'il n'y a pas contradiction ; un créancier conditionnel peut et ne peut pas être envoyé en possession selon les circonstances : il ne jouit pas

(1) Loi 10, C., VII, 72.

(2) Loi 6, D., XLII, 4.

(3) Loi 14, § 2, D., *Eod tit.*

(4) Loi 7, § 14, D., *Eod tit.*

de ce bénéfice, si pour l'exercer il veut user de son propre droit, autrement dit il ne peut le demander, mais si l'envoi a déjà été accordé, il doit en profiter.

Selon d'autres auteurs, il faut distinguer le cas où le créancier à terme ou sous condition a une action de bonne foi, et celui où il a une action de droit strict. Au premier cas, même avant le terme ou la condition, il pouvait agir pour réclamer une caution garantissant le paiement, lors même qu'il n'avait rien été convenu sur ce point, il semble juste d'accorder l'envoi à défaut de cette caution. C'est cette hypothèse que prévoit la loi 6, qui permet la *missio*. Au second cas, le juge étant lié par la convention des parties, ne pouvait ordonner de fournir caution, si cela n'avait été prévu d'avance, et l'envoi en possession ne sera pas accordé, c'est le cas visé par la loi 14.

Enfin M. Accarias (1) propose une autre explication : « Paul, dit-il, faisait des distinctions que les compilateurs ont supprimées. Peut-être admettait-il le créancier conditionnel à demander la *missio in possessionem* dans le cas où le débiteur était mort sans héritier, tandis qu'il lui refusait ce droit lorsque le débiteur se cachait *fraudulationis causâ*, deux textes rendent cette distinction vraisemblable (2). »

En présence de toutes ces explications assez conjecturales, le mieux ne serait-il pas de reconnaître que sur ce point, les jurisconsultes romains étaient en désaccord ? Les intérêts d'un créancier conditionnel méritent d'être garantis, mais il ne faut pas prendre de sûretés trop sévères contre celui qui ne sera peut-être jamais débiteur : telles sont les idées qui dominent toute cette matière et elles sont à peu près inconciliables.

(1) *Cours de droit romain*, II, p. 899.

(2) Lois 7, § 14, D., XLII, 4; 4 pr., D., XLII, 6.

2°. — COMMENT EST PRONONCÉ L'ENVOI EN POSSESSION

Les magistrats supérieurs sont seuls compétents pour prononcer l'envoi en possession, à Rome, le Préteur, dans les provinces, le Gouverneur. En effet, la compétence des magistrats municipaux n'allait pas jusque-là (1). Si les biens, objet de l'envoi, étaient situés dans le ressort du magistrat qui avait nommé le *judex*, pas de difficulté. Se trouvaient-ils dans le ressort d'un autre magistrat, la loi 15, pr. D., XLII, 1, indique que celui-ci poursuivra l'exécution « *si hoc jussus est* » dit Ulpien, cela signifie d'après Cujas : s'il a reçu une sorte de commission rogatoire de son collègue.

L'envoi en possession n'était possible qu'après l'expiration de trente jours à l'époque des XII Tables (*Tabula Tertia*, 1). Il était accordé aux héritiers et autres successeurs à titre universel du débiteur (2), mais il était refusé aux fidéjusseurs et *mandatores*. Justinien porte le délai à quatre mois, et l'accorde tant au débiteur principal qu'aux fidéjusseurs (3). Sous la procédure formulaire ce bénéfice était accordé dans toute action, la condamnation étant toujours pécuniaire; mais il est probable que sous la procédure extraordinaire où la chose elle-même doit être restituée, ce bénéfice n'était pas accordé au débiteur dans les actions *in rem*, le motif qui l'avait fait admettre n'existant pas dans cette hypothèse, le débiteur n'a en effet besoin de recourir à personne pour se procurer ce qu'on lui réclame : il l'a à sa libre disposition.

(1) Loi 26, § 1, D., L, 1.

(2) Loi 29, D., XLII, 1.

(3) Lois 2 et 3, § 1, C., VII, 54.

3°. — SUR QUELS BIENS PORTE L'ENVOI EN POSSESSION

L'envoi porte sur tout l'ensemble du patrimoine (*Cicéro, pro Quintio, XXIX*); toutefois on en excepte les objets ayant pour le débiteur une valeur d'affection considérable. A l'époque du système formulaire, toute condamnation étant pécuniaire, peu importait que l'action fut ou non *in rem*. La *missio* résultant de cette condamnation, était toujours générale, et ne portait pas seulement sur les biens, objet du procès. Au contraire, sous le régime extraordinaire, comme la condamnation *in rem* portait sur la chose même, l'exécution ne portait que sur la chose, objet du procès et non sur l'universalité.

4°. — EFFETS DE L'ENVOI EN POSSESSION

Le décret d'envoi rendu, le créancier se met lui-même en possession. Le débiteur est privé de l'administration de ses biens et son *existimatio* est entamée (1). L'envoi ne transfère pas la propriété aux créanciers qui l'obtiennent, il ne leur donne même pas la possession *ad usucapionem* (2), il les constitue simples gardiens, ils n'ont donc pas les interdits possessoires et sont protégés par le Préteur au moyen d'un interdit spécial, *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, donné au cas de dol. Les créanciers, mis en possession, nomment un *curator* pour administrer les biens, celui-ci se substitue au débiteur dessaisi et il ne répond que de son dol.

Outre le droit de détention et celui d'administration, la *missio* donne aussi aux créanciers le droit de gage, *pignus prætorium*, quand l'envoi est suivi de la prise

(1) Gaius, II, § 154 et IV, § 102.

(2) Loi 8, C., VII, 72.

effective de la possession (1). Cette prise de possession est indispensable pour l'existence de tout gage constitué par un magistrat : « *ubi jussu magistratus pignus constituitur, non alias constitui nisi ventum fuerit in possessionem* », et cette règle trouve sa confirmation dans la loi 2, C. VIII, 17. C'est là la grande différence entre le gage conventionnel et le gage prétorien.

Il en existait entre eux une autre dans l'ancien droit, du moins d'après certains jurisconsultes ; on hésitait à attacher le droit de suite au *pignus prætorium*. Justinien assimile en ce point tous les gages : celui qui a le *prætorium pignus*, jouit d'une action en recouvrement, de quelque façon qu'il ait perdu la possession, soit sans faute, soit par cas fortuit, soit par sa faute; il jouit de la même action et des mêmes prérogatives que le créancier hypothécaire, et cette communauté d'attributs justifie et explique ce titre d'hypothèque que l'empereur donne au *pignus prætorium* (2). Mais même après les innovations législatives de ce dernier, il existe encore une différence entre le *pignus prætorium* et les autres hypothèques. Le rang de celles-ci se détermine par la règle : *prior tempore potior jure*, tandis que tous les créanciers venus, même successivement, à l'envoi sont sur un pied d'égalité parfaite, sauf les causes de préférence nées antérieurement à l'envoi en possession.

§ II. — **Du pignus in causa judicati captum.**

1° SON BUT, SON ORIGINE, SES CONDITIONS D'EXISTENCE.

Le *pignus prætorium* est un mode d'exécution des jugements, le *pignus in causa judicati captum* en est un autre; mais le premier se produit dans beaucoup

(1) Loi 26, 1, D., XIII, 7.

(2) Loi 2, C., VIII, 22.

d'autres hypothèses que celle d'une sentence, tandis que le second est spécial à ce fait juridique.

De cette communauté de but, il ne faut pas conclure à une communauté d'origine et à un double emploi, ce gage, pris spécialement dans le cas d'une instance, est un progrès sur l'envoi en possession, c'est une correction de ce qu'à de trop dur pour le débiteur ce dernier mode d'exécution. Pourquoi saisir et vendre la totalité du patrimoine d'un débiteur, si quelques-uns de ces biens suffisent à désintéresser le créancier? Telle est l'idée qui inspira le nouveau système. Ulpien (1) fait remonter son apparition au règne d'Antonin le Pieux, mais il est plus probable que ce fut l'œuvre du Préteur, les empereurs ne firent que l'interpréter et l'étendre.

Le *pignus in causa judicati captum* étant une sanction de la sentence, il s'en suit que des gages ne peuvent être pris avant qu'elle ait été rendue, et que les délais accordés pour l'acquittement de la dette ne soient expirés; mais ensuite le Préteur ordonne la saisie d'une partie du patrimoine du débiteur, suffisante pour mettre le créancier à l'abri de tout danger. Cette saisie est opérée par les *exercitores ou apparitores* chargés de mettre à exécution les ordres du magistrat. Personne ne pouvait faire exécuter de sa propre autorité la sentence rendue à son profit, il fallait s'adresser au magistrat pour obtenir le *pignus*, on n'aurait pu le prendre en vertu d'un *jussus* du *judex*; mais sous le système extraordinaire, il n'y a plus à faire cette distinction. Le créancier recourait donc au magistrat compétent. Le magistrat accordait le *pignus extra ordinem*, si la sentence n'était pas contestée, dans le cas contraire, il y avait lieu à l'action *judicati*. Le *pignus* n'existait

(1) Loi 31, D., XLII, 4.

qu'à partir de la saisie ordonnée par le magistrat et réalisée par les *exercitores*.

2° SUR QUELS BIENS PORTE-T-IL

A l'inverse du *pignus prætorium*, il porte sur des objets particuliers et non sur l'ensemble du patrimoine. Tout ce qui est dans le patrimoine du débiteur, meubles, immeubles, peut être saisi : les créances elles-mêmes sont susceptibles de l'être (1). Un certain ordre doit être observé dans la prise des objets en gage, cet ordre est basé sur le sentiment de préférence que l'homme a pour certains biens, et l'intérêt qu'il a à garder les uns plutôt que les autres. On commençait par saisir les meubles ; en cas d'insuffisance des meubles, les immeubles, enfin, à défaut d'objets corporels on en venait aux créances (2).

3° SES EFFETS

Le *pignus in causa judicati captum* frappe l'objet d'indisponibilité au profit du créancier, sans priver le débiteur de la possession juridique. Mais le créancier qui a obtenu le *pignus* ne peut en poursuivre lui-même la réalisation, pas plus qu'il n'a pu faire la saisie, ces deux actes sont accomplis par les *executores*. Le créancier qui a reçu du magistrat le *pignus* ne représente pas les autres créanciers, il agit pour lui seul et s'assure un droit de préférence sur les objets saisis, à la différence de ce qui se passe dans le *pignus prætorium*. On voit ainsi que si le *pignus in causa judicati captum* diffère encore du gage conventionnel, en ce qu'il ne peut exister sans la mise en possession, il s'en rapproche en ce qu'il crée un droit de préférence au profit du créancier.

Avant d'en finir avec le gage constitué par le magistrat, il faut donner un rapide parallèle du *pignus præ-*

(1) Loi 15, § 8, D., XLII, 1.

(2) Loi 15 § 2, D., XLII, 1.

torium et du *pignus in causa judicati captum* pour faire ressortir leurs différences essentielles. Le *pignus prætorium* n'établit pas d'inégalité entre les créanciers qui l'obtiennent à diverses époques, le *pignus in causa judicati captum* attribue au contraire la préférence à ceux qui l'ont obtenu avant tous autres ; l'un est général, porte sur l'universalité des biens, l'autre sur des objets spéciaux ; dans celui-ci les créanciers ont le droit de se nantir eux-mêmes, dans celui-là la saisie ne peut s'opérer que par le ministère d'officiers du magistrat.

SECTION IV. — De l'hypothèque établie par la loi.

Le dernier mode générateur de l'hypothèque que nous ayons à étudier est la loi, mais quand les textes désignent cette dernière classe d'hypothèque, ils se servent de l'expression *pignus tacitum, tacite conventiones* et c'est dans les glossateurs du Moyen-Age seulement, que l'on trouve les mots *hypotheca legalis*. La raison de cette terminologie peut se trouver dans l'une des deux idées qui servent de source à ces hypothèques. Souvent la loi, en créant cette hypothèque, a voulu mettre dans la convention ce que les parties ont omis d'y insérer et ici, l'expression *pignus tacite contractum* s'explique bien. La loi a suppléé les parties, elle a fait ce qu'elles ont laissé sous silence, l'hypothèque existe en vertu de leur volonté sous entendue. Il est vrai, que dans d'autres cas nombreux, la loi fait résulter l'hypothèque de la qualité de la créance, et de la faveur dûe à la personne ; il est difficile de dire ici que la loi a supposé

et suppléé l'intention des parties. Quoi qu'il en soit, les Romains les qualifient des mêmes noms et les effets en sont les mêmes.

L'hypothèque tacite peut dans certains cas être utile, c'est ainsi que l'hypothèque du bailleur se justifie, mais son extension la rend dangereuse surtout avec la clandestinité qui caractérise ces hypothèques.

C'est assez tard qu'apparurent dans le droit romain les hypothèques tacites, et cela se comprend, car l'hypothèque conventionnelle, bien que connue depuis longtemps, fut longtemps d'un usage peu répandu, le cautionnement lui étant préféré comme mode de sûreté.

L'hypothèque tacite pouvait comme l'hypothèque conventionnelle s'établir sur un objet spécialement déterminé ou sur l'ensemble du patrimoine. La première application de l'hypothèque légale paraît être l'hypothèque spéciale, donnée au bailleur d'un fonds urbain. Le texte le plus ancien que l'on connaisse sur les hypothèques tacites vise cette situation c'est la loi 4, D, XX, 2 du jurisconsulte Nératius qui vivait sous Trajan et Adrien (98-138). Quant à l'hypothèque générale du fisc, la date de son introduction est très discutée, et le champ des conjectures est vaste, les uns la faisant remonter au règne d'Auguste, les autres soutenant qu'elle ne date que de Septime-Sévère et Antonin Caracalla (214).

Nous examinerons successivement les hypothèques légales spéciales, les hypothèques légales générales, en suivant l'ordre de leur apparition dans le droit et enfin les hypothèques légales privilégiées.

§ I. — Hypothèques légales spéciales.

1^o *Hypothèque du locator d'un prædium urbanum sur les invecta et illata* (1). — Cette hypothèque ne fait que sous-entendre une convention d'hypothèque qui était généralement l'accessoire du contrat de louage. Elle était destinée à garantir la créance du loyer et la jurisprudence l'étendit à toutes les obligations dérivant du contrat de bail (2). Elle portait sur toutes les choses que le locataire avait apportées dans la maison pour la garnir et y demeurer (3), et c'est l'apport réel des meubles qui fixe la date de l'hypothèque. Elle frappe en outre les meubles apportés par le sous-locataire à titre onéreux (4).

2^o *Hypothèque du bailleur d'un prædium rusticum sur les fruits et produits de la chose* (5). — Le bailleur du *prædium rusticum* qui a hypothèque sur les fruits et produits de la chose n'en a pas sur les *invecta et illata* (6). Le soin des Romains d'assurer la bonne exploitation de leurs biens ruraux leur faisait exiger des fermiers des sûretés réelles, ils stipulaient une hypothèque sur les choses apportées par le fermier, et se faisaient habituellement engager les fruits et récoltes. Cette clause fut sous-entendue, et le bailleur eut une hypothèque tacite sur les produits du fonds affermé, tandis qu'il fallait la stipuler expressément pour les *invecta et illata*. L'hypothèque date du jour de la perception car c'est alors que les fruits acquièrent une existence propre. Cette hypothèque

(1) Loi 4, D., XX, 2.

(2) Loi 2, D., XX, 2.

(3) Loi 7, § 1, D., XX, 2.

(4) Loi 11, § 5. D. XIII, 7.

(5) Loi 7, princ., D., XX, 2.

(6) Loi 4, princ., D., XX, 2.

garantit comme la précédente tant le fermage que les obligations résultant du bail.

3° *Hypothèque accordée à celui qui a prêté de l'argent pour reconstruire une maison* (1): — Cette hypothèque qui a pour but de prévenir la dégradation des maisons dans Rome, et d'en faciliter la reconstruction a été créée par un S. C. rendu sous Marc-Aurèle (165-180.) Cette hypothèque frappe non-seulement la maison, mais même l'emplacement (2).

4° *Hypothèque du pupille sur les choses achetées des deniers à lui appartenant*. — Elle fut établie par une Constitution de Septime-Sevère et Antonin Caracalla, ainsi que nous l'apprend un rescrit d'Alexandre (3). C'est une des nombreuses protections accordées aux pupilles, c'est le complément de la mesure qui a rendu leurs immeubles inaliénables. Elle porte sur les acquisitions réalisées par le tuteur, ou par un tiers non autorisé, à l'aide des deniers du pupille.

5° *Hypothèque des légataires sur les biens de la succession*. — Elle fut créée par Justinien (4) au profit de tout légataire ou fidéicommissaire, et elle leur appartient contre la personne chargée d'acquitter le legs ou le fideicommis, et sur la part de succession revenant à celle-ci.

§ II. — Hypothèques légales générales

1° *Hypothèque du fisc*. — C'est sous Septime-Sevère et Antonin Caracalla (214) qu'on en trouve la première mention (5), mais il est possible que la loi Vi-

(1) Loi 1, D. XX 2.

(2) Loi 29, § 2, D., XX, 1.

(3) Loi 6, C., VII, 8; 7, D., XX, 4.

(4) Loi 1, C., VI, 43.

(5) Loi 1, C., VIII, 15.

cesimaria d'Auguste frappait déjà d'une hypothèque tacite tous les biens des fermiers du fisc comme garantie de la perception de l'impôt des successions (1). Cette hypothèque garantit les créances du fisc pour les impôts et les peines pécuniaires, elle remonte au moment où la dette prend naissance.

2° *Hypothèque des impubères, des mineurs et des aliénés.* — On ignore si c'est Septime-Sevère ou Constantin qui l'accorda aux impubères et aux mineurs, mais il est certain que c'est Justinien (2) qui l'a étendue aux *furiosi*. Elle a pour assiette la fortune entière des tuteurs et curateurs, et pour point de départ le jour où l'administration a commencé, ou aurait dû commencer. Si la mère se remarie elle porte sur les biens du second conjoint à la date du second mariage.

3° *Hypothèque des enfants sur les biens du père ou de la mère, pour garantie de la restitution de certains biens.* — Cette hypothèque est destinée à garantir la restitution aux enfants des *lucra nuptialia*, c'est-à-dire des avantages que l'un des époux a reçu d'un conjoint prédécédé. Si l'époux survivant contracte un second mariage, l'attente des enfants du premier lit est déçue, et l'hypothèque sur tous les biens leur est accordée pour garantie, à la date du jour où les *lucra nuptialia* sont échus au parent (3).

Les enfants ont aussi une hypothèque légale sur les biens de leur père pour garantie de la restitution des biens venant de leur mère ou d'ascendants maternels, si le père en a l'administration (4).

4° *Hypothèque de la femme orthodoxe à raison de sa dot de ses paraphernaux et de la donation propter nuptias* (5). Cette hypothèque fut créée par Justinien,

(1) *Fragmenta de jure fisci*, 5.

(2) Loi 7, C., V, 70.

(3) Lois 6, § 2 et 8, § 4, C., V, 9.

(4) Loi 8, § 5, C., V, 9.

(5) Loi 1, C., V, 13.

elle appartenait à la femme et à ses héritiers (1) sur tous les biens du mari y compris les choses dotales.

5° *Hypothèque du mari sur les biens de celui qui a constitué la dot pour garantie du paiement* (2).

6° *Hypothèque de l'héritier du conjoint décédé sur les biens du conjoint survivant*, pour garantie de la restitution des libéralités du défunt, faites sous la condition de ne point se remarier (3).

7° *Hypothèque des églises et corporations religieuses* sur les biens de l'emphytéote à raison des dégradations qu'il a commises (4).

§ III. — Hypothèques légales privilégiées.

Ce sont des hypothèques tacites, auxquelles le législateur s'est montré plus favorable, en les dotant d'un privilège. Ces hypothèques priment d'autres hypothèques qui ont pris naissance en même temps ou plus tôt.

1° *Hypothèques tacites privilégiées propter versionem in rem*. Elles sont les plus anciennes et furent introduites par les jurisconsultes classiques. Elles appartiennent aux créanciers dont l'argent a servi soit à acquérir une chose, soit à la conserver ou l'améliorer. Les conditions d'existence de cette hypothèque privilégiée sont : 1° une dépense faite en vue de conserver ou d'accroître le patrimoine, qui sert de gage commun aux créanciers; 2° une hypothèque venant garantir cette créance, stipulée expressément par le créancier, à moins que sa créance n'entraîne de plein droit une hypothèque légale.

(1) Loi unique, § 13, C., V, 13.

(2) Loi 1, § 1, C., V, 13.

(3) *Novelle*, XXII, ch. 44.

(4) *Novelle*, VII, ch. 3, § 2.

2° *Hypothèque privilégiée du fisc*. L'hypothèque tacite du fisc pour le recouvrement des impôts était dotée d'un privilège (1). Un second cas d'application de l'hypothèque privilégiée du fisc se présente en ce qui concerne les dettes primipilaires (2). Enfin en troisième lieu, la question est discutée de savoir si l'hypothèque du fisc pour ses créances contractuelles est privilégiée. La loi 28, D., XLIX, 14, fondamentale en la matière a donné lieu à de nombreux systèmes. Nous n'avons pas l'intention d'entrer dans la discussion, nous nous bornerons à dire que l'hypothèque du fisc pour créances contractuelles est privilégiée, mais elle ne prime que les créanciers qui ne sont pas antérieurs en date (3).

3° *Hypothèque privilégiée dotale*. L'hypothèque dotale privilégiée créée en 531 par la loi *assiduis* (4), est le couronnement de toutes les faveurs accordées par Justinien à la dot. Cette hypothèque privilégiée appartient à la femme et à ses descendants (Novelle, 91, préface).

(1) 1, C., IV, 46.

(2) Loi 3, C., XII, 63.

(3) Maynz, *Cours de droit romain*, t. I, § 249, p. 791, 3^e édit.

(4) Loi 12, C., VIII, 18.

DROIT FRANÇAIS

ÉTUDE

SUR LA

PUBLICITÉ DES HYPOTHÈQUES

DANS LES

LÉGISLATIONS FRANÇAISE ET PRUSSIENNE

PREMIÈRE PARTIE

LÉGISLATION FRANÇAISE

INTRODUCTION

ANCIEN DROIT FRANÇAIS

La conquête de la Gaule par les Romains avait importé la législation des vainqueurs, et l'hypothèque passa dans les pays conquis avec les caractères qu'elle avait à Rome.

Il ne semble néanmoins pas que la théorie de l'hypothèque se soit bien développée chez les Gallo-Romains et l'invasion des barbares vint complètement détruire les faibles racines de cette institution. On ne saurait en effet demander aux législations de ces peuples nouveaux la connaissance de l'hypothèque ; c'est une conception juridique se rattachant à des idées trop abstraites pour être en faveur chez des peuples primitifs.

L'idée d'appréhension paraît plus naturelle, et des

esprits plus grossiers comprennent mieux le gage et l'antichrèse, que l'hypothèque. Ces deux modes de sûreté ont été les procédés usités à cette époque, mais à quel moment l'hypothèque reconquit-elle son rang ? Cette question est assez difficile à résoudre, les ténèbres qui entourent les premiers siècles de notre histoire ne le permettent guère.

Très vraisemblablement l'hypothèque dut reparaître avec l'établissement de la féodalité. L'enthousiasme général des jurisconsultes du xiv^e siècle pour le droit romain provoque l'envahissement de la France par ce droit et nous trouvons à cette époque la théorie de l'hypothèque, à peu près telle qu'on la concevait à Rome.

C'est ainsi que dans presque toute la France l'hypothèque fut occulte comme à Rome. Dans les provinces où domina le système de clandestinité de l'hypothèque, les règles furent celles du droit romain sauf toutefois une grave différence introduite par l'usage et la jurisprudence. Tandis qu'à Rome l'hypothèque résultait d'un simple pacte sans formalité d'aucune sorte, nous trouvons dans l'ancien droit français ces deux principes : 1^o l'hypothèque conventionnelle ne peut résulter que d'un acte notarié. 2^o Tout acte notarié emporte hypothèque générale sur les biens du débiteur.

L'intervention d'un notaire ne rendait nullement les hypothèques publiques. Les tiers ne pouvaient pas savoir si un contrat passé chez un notaire d'un lieu très éloigné ne venait pas de frapper d'hypothèque tous les immeubles d'un propriétaire ; en outre les notaires ne devaient rien communiquer aux tiers, et en admettant même la publicité des actes notariés, chez quel notaire s'adresser pour savoir si tel immeuble est hypothéqué ? C'était, on le voit, dans ces pays la clandestinité qui régnait en maître.

Il n'en était pas de même dans toute la France, et certains pays, résistant à l'influence envahissante du droit romain, mirent à profit les solennités du droit féodal, pour organiser au moyen d'elles la publicité des hypothèques et des transmissions de propriété. Ces pays étaient dits *coutumes de nantissement*. L'étude des procédés employés pour réaliser la publicité en ces pays présente un grand intérêt historique, et il faut aussi mentionner les tentatives que fit la royauté pour établir des remèdes à la clandestinité.

§ I. — **Pays de nantissement.**

Les principales coutumes de nantissement étaient celles de Flandre, de Brabant, de Hainaut, d'Artois, d'Alsace, et en un mot presque tout le nord et le nord-est de la France. D'après les idées féodales, le seigneur conservait toujours un droit de domaine éminent, sur toutes les terres de sa juridiction, et dans les pays du nord il n'y avait pas de terre sans seigneur. Lorsque le vassal voulait aliéner un bien qui lui était inféodé, il devait obtenir l'assentiment du seigneur : la règle était la même pour constituer une hypothèque qui conduit à une aliénation, au cas de non exécution de l'obligation qu'elle garantit.

Quant aux formes de l'établissement de ces droits réels, elles variaient selon les pays. En général le créancier exhibait son contrat aux officiers de justice qui le nantissaient, de l'héritage engagé par une investiture simulée ; acte était donné de cette investiture, et mention en était faite sur des registres déposés au greffe de justice du lieu et accessibles à tous (1). Le nantissement s'opérait de trois manières

(1) Troplong, *Priv. et Hyp.*, II, n° 559.

communes aux transmissions de propriété et aux constitutions d'hypothèque, mais avec cette différence que dans ce dernier cas, les modes de prise de possession n'étaient que simulés.

1° Par *rapport d'héritage* (ou *saisine* et *desaisine*, *vest* et *devest*). Loyseau (1) en donne la définition à propos du transfert de la propriété, mais il s'applique aussi à la constitution de l'hypothèque. Les parties, débiteur et créancier, comparaissent devant le seigneur dont relève l'immeuble, ou devant le juge représentant le seigneur. Le débiteur déclare se désaisir de l'héritage, le juge lui donne acte de sa déclaration et prononce l'ensaisinement du créancier. Dans les coutumes d'Artois, du Cambrésis, le débiteur remettait au juge un bâton que celui-ci donnait au créancier ensaisiné.

2° Par *mainmise* ou *mise de fait* (2). — Le créancier devait tout d'abord avoir un titre valable. Pour cela il obtenait du juge compétent une commission équivalente à l'envoi en possession du Prêteur à Rome. Muni de cette commission, le créancier se transportait sur le fonds, et y faisait acte de puissance matérielle. Puis cette mise de fait était signifiée par un sergent au débiteur et au seigneur, avec assignation à comparaître devant le juge pour discuter la validité de la mise de fait. Le juge rendait après discussion une sentence confirmant, avec effet rétroactif, la procédure accomplie.

3° Par *main assise*. — Ce procédé offre une certaine analogie avec le *pignus in causa judicati captum* des Romains. Le créancier, muni d'un titre authentique, s'adresse au juge pour obtenir une commission, en vertu de laquelle un sergent saisit l'immeuble au nom du seigneur ou du Roi. Le débiteur et le seigneur sont

(1) Loyseau, *Déguerpissement*, III, ch. I, n° 33.

(2) Artois, art. 75, Amiens, art. 144; Ponthieu, art. 111.

ensuite assignés en reconnaissance de la main-assise, et le juge en confirme la validité en ordonnant qu'elle subsistera jusqu'à ce que le créancier soit payé.

Enfin, il existe un autre mode plus simple de nantissement qui se pratiquait dans les coutumes de Laon, Reims, Péronne et qui s'appelle proprement « *ensaisinement* (1). » Le créancier exhibe son contrat portant hypothèque, aux officiers de la justice foncière. Un acte écrit est dressé de cette communication et enregistré au greffe ; mention de l'accomplissement de cette formalité est faite au dos du titre par le greffier qui signe cette mention. Loyseau nous dit que cette forme d'ensaisinement fut pratiquée dans l'ancienne coutume de Paris (art. 196), mais abolie lors de la réformation. L'article 55 de la nouvelle coutume « *ne prend saisine qui ne veut* » signifie que le nantissement n'est plus nécessaire ni pour la transmission de la propriété, ni pour la constitution de l'hypothèque.

Dans tous ces divers procédés de nantissement, une condition indispensable est une inscription des formalités accomplies sur des registres déposés aux greffes des justices foncières (2). Ces registres servaient à la fois à relater les transmissions de propriété et les constitutions d'hypothèque, le nantissement étant la forme commune de publicité. Et il est à remarquer que les règles prescrites pour la tenue de ces registres se rapprochent beaucoup de celles qui sont édictées aujourd'hui par la loi : ainsi, les registres doivent être cotés et paraphés, les actes doivent y être inscrits à la suite et sans blanc, enfin les greffiers doivent en délivrer des extraits à tout requérant.

Le système des pays de nantissement assurait donc aux hypothèques une publicité satisfaisante, mais par

(1) Loyseau, *Déguerpissement*, III, ch. I, n° 35.

(2) Péronne, art. 260 ; Reims, 177, Amiens, 145.

malheur, il y avait des exceptions à la règle de la publicité. C'est ainsi que dans certaines coutumes (1), les hypothèques légales et les hypothèques judiciaires, créées par l'ordonnance de Moulins de 1566, étaient dispensées des formalités du nantissement.

Tel fut le système de publicité dans les pays de nantissement, il avait emprunté les formes féodales mais il n'en constituait pas moins pour les tiers un élément de sécurité dans les transactions. Cela explique pourquoi les tentatives de l'autorité royale qui à plusieurs reprises voulurent abroger ces coutumes en empruntant leur principe, soulevèrent les révoltes des juridictions locales. Les modifications que tentaient d'apporter les édits, n'offraient pas des avantages suffisants pour déterminer les pays du nord à abandonner le certain pour l'incertain, aussi en 1789 le nantissement était encore pratiqué dans un certain nombre de pays du nord, notamment en Flandre et en Artois.

§ II. — Edits royaux

Les jurisconsultes anciens n'avaient pas été sans reconnaître les avantages qu'offrait aux tiers le système des pays de nantissement et Loyseau disait : (2) « l'inconvénient est grand à l'égard d'un acquéreur de bonne foi, qui pensant être bien assuré de ce qu'on lui vend et que l'on met en sa possession, sachant bien qu'il appartenait à son vendeur, s'en voit enfin

(1) Amiens, 137; Reims, 182; Péronne, 238-269. La coutume d'Artois est muette sur l'hypothèque légale tacite des incapables et l'hypothèque judiciaire y était soumise aux formes du nantissement (art. 74). Cela se comprend, car l'ordonnance de Moulins de 1566 établissant l'hypothèque judiciaire est antérieure à la réunion de l'Artois à la France (1659).

(2) Loyseau, *Déguerpissement*, III, ch. I, n° 46, 49.

évincé et privé par un malheur inévitable, au moyen des hypothèques précédentes, lesquelles étant constituées secrètement, il ne lui était possible de savoir ni découvrir. » Le jurisconsulte ajoutait ensuite que ces inconvénients ne se présentaient pas dans les coutumes de nantissement.

Néanmoins les légistes entourant le trône étaient trop imbus des idées romaines, pour conseiller au Roi une initiative vigoureuse en faveur d'un régime de publicité. D'autre part l'ingérence des Rois de France dans le domaine du droit privé se fit sentir assez tard. Presque partout en dehors de la sphère politique ils respectaient les coutumes observées par les populations; cela explique comment il faut aller jusqu'en 1581 pour trouver la première tentative de l'établissement de la publicité, et encore cet essai eut-il un but fiscal.

Henri III, par l'édit de Blois (juin 1581), créa le *contrôle* et exigea pour tout contrat excédant cinq écus la formalité du *contrôle*. La sanction était que « tous contrats portant hypothèque qui auront été enregistrés en la forme susdite, seront préférés pour lesdits droits d'hypothèque à tous autres qui ne l'auront été, bien qu'ils soient en date précédente » (1).

L'édit créait des charges de contrôleurs et fixait minutieusement les droits à percevoir. Le but principal de cet édit était de battre monnaie avec les nouveaux offices de contrôleur de titres que l'on créait. Il fut révoqué par l'édit de Chartres, de mai 1588.

Sully, le premier, comprit véritablement l'importance de la publicité, et posa la question sur son véritable terrain. « Aucune personnes disait-il en ses mémoires(2), de quelque condition ou qualité qu'elle put être, ne

(1) Isambert, *Recueil général des anciennes lois françaises*, t. 14, p. 493 et suiv.

(2) *Mémoires*, liv. XXVI.

devrait pouvoir emprunter sans qu'il fut déclaré quelle dette avait déjà l'emprunteur, à quelles personnes, sur quels biens. » La déclaration de 1606 fut l'expression de ces idées. Elle reproduisait l'édit de 1581, en lui enlevant son but fiscal. Tout contrat excédant cinquante livres devait être soumis à la formalité du *contrôle* et n'emporterait hypothèque que du jour de l'accomplissement de cette formalité. Un seul parlement, celui de Normandie, consentit à l'enregistrer, et par conséquent restreinte à cette province la déclaration de 1606 n'eût jamais l'application d'une loi générale.

Colbert reprit l'idée de Sully en cherchant à la généraliser, et inspira en mars 1673 un édit « portant établissement de greffes pour l'enregistrement des oppositions des créanciers hypothécaires » (1). Cet édit a bien pour but de fortifier le système hypothécaire par l'établissement de la publicité et l'extension du système des pays de nantissement : le préambule le déclare, du reste, formellement : « Nous n'avons point trouvé de meilleurs moyens pour assurer la conservation des fortunes, que de rendre publiques toutes les hypothèques et de perfectionner, par une disposition universelle, ce que quelques coutumes de notre royaume avaient essayé de faire par la voie des saisines et des nantissements. »

Dans chaque bailliage et sénéchaussée, sont créés des greffes d'enregistrement, où les créanciers pourront former leurs *oppositions* (art. 12). Ces *oppositions* sont l'équivalent des inscriptions d'aujourd'hui, et l'enregistrement en est requis par le créancier (art. 12). L'effet de ces *oppositions* est indiqué par l'article 21. « Les créanciers dont les *oppositions* auront été enregistrées seront préférés sur les immeubles sur lesquels ils auront formé leurs *oppositions*, à tous les

(1) Isambert, *Recueil général des anciennes lois françaises*, t. 49, p. 73 et suiv.

autres créanciers non opposants, quoiqu'antérieurs et privilégiés, » mais les articles 22 et 23 consacrent deux exceptions fâcheuses à la règle de l'article 21, conséquence nécessaire de la publicité.

1° D'après l'art. 22, « ceux dont les créances ou droits n'excèdent pas la somme de deux cents livres sont conservés dans leurs hypothèques et privilèges, encore qu'ils n'aient fait enregistrer aucune *opposition* ;

2° Le créancier hypothécaire a, pour former son opposition, un délai de quatre mois ; et si elle est enregistrée dans les quatre mois, elle aura effet rétroactif au jour de la passation des actes (art. 23).

En outre, les hypothèques légales n'avaient pas besoin d'être inscrites pour être opposées aux tiers (art. 57-60) ; mais il est curieux de remarquer que l'édit de 1673 était, sur ce point, supérieur au Code civil, car la dispense d'inscription ne survivait pas à la cessation de l'incapacité. L'art. 58 obligeait les mineurs à former *opposition* sur les biens de leurs tuteurs dans l'année après leur majorité, et les veuves devaient agir de même dans l'année du jour du décès du mari (art. 64) ; au cas de séparation de biens, la femme avait un délai de quatre mois (art. 63).

L'édit réglementait minutieusement la tenue des registres dont le greffier devait délivrer des extraits à tous les requérants. Le greffier était responsable des inexactitudes ou des omissions qui pouvaient entacher les états délivrés par lui (art. 73 et 74).

Telles sont les dispositions principales de cet édit, remarquable par sa tentative d'établissement d'un système hypothécaire basé sur la publicité.

Les juridictions des pays de nantissement acceptèrent sans difficulté l'édit de 1673, bien que son article 71 abrogeât expressément l'usage des saisines et nantissements. C'est, en effet, que les dispositions de l'édit donnaient satisfaction aux exigences du crédit, en

consacrant leurs principes traditionnels. Il n'en fut pas de même dans tout le reste de la France, la résistance fut vive et un nouvel édit du mois d'avril 1674 vint abroger celui de l'année précédente.

Le système de clandestinité de l'hypothèque triomphait de la tentative de Colbert comme il avait triomphé de celle de Sully. La raison principale de ces échecs était le calcul mesquin de l'intérêt particulier. Les fortunes des nobles, diminuées par leur prodigalité, ne leur permettaient plus de tenir aussi brillamment leur rang à la Cour. Presque tous les grands seigneurs avaient dû appeler l'emprunt à leur secours, et l'édit de Colbert, venant dévoiler l'état de leur fortune, leur enlevait toute espérance d'un crédit, qui ne se soutenait que sur des apparences. La noblesse se trouva dans cette lutte soutenue puissamment par les Parlements qui refusèrent l'enregistrement de l'édit.

Les choses demeurèrent en cet état jusqu'à l'édit de juin 1771, œuvre du chancelier Maupeou. Cet édit ne crée pas un système de publicité, il établit certaines règles pour organiser un moyen de purge des hypothèques, moins défectueux et moins coûteux que l'ancien. L'usage des *décrets volontaires* fut aboli et remplacé par le système des *lettres de ratification*.

L'acte d'acquisition était déposé au greffe par l'acheteur et affiché durant deux mois par les soins du greffier (art. 8) (1). Pendant ce temps les créanciers hypothécaires du vendeur pouvaient se révéler et former opposition aux mains du greffier. Après l'expiration du délai, l'immeuble était définitivement purgé des hypothèques qui ne s'étaient pas fait connaître et des *lettres de ratification* étaient délivrées à l'acqué-

(1) Isambert, *Des anciennes lois françaises*, t. 22, p. 530 et suiv.

reur. Les lettres étaient scellées à la charge des oppositions formées par les créanciers.

Ce système ne créait nullement la publicité et ne donnait pas plus de garantie aux tiers que la législation précédente, car les oppositions faites dans le délai de l'affichage par les créanciers attribuaient comme date aux hypothèques le jour de la constitution. On avait tout simplement créé un nouveau mode de purge.

Néanmoins l'édit abrogea par son art. 35, l'usage des saisines et nantissements. Les pays les pratiquant se refusèrent à accepter la législation nouvelle, le parlement de Flandre notamment fit entendre d'éloquantes protestations et l'autorité royale dut céder.

De cette rapide étude historique, il ressort que la clandestinité des hypothèques a été le droit commun de presque toute la France pendant toute la durée de l'ancien régime. Les tentatives faites par le pouvoir royal pour établir un système de publicité, échouèrent toutes, et c'était à la Révolution qu'était réservée la tâche de donner à la France un régime hypothécaire, conforme aux saines notions du crédit.

DROIT INTERMÉDIAIRE

Les graves événements du début de la Révolution ne permettaient pas de s'occuper sérieusement d'une réforme hypothécaire, les préoccupations d'ordre politique faisaient taire toutes tentatives de réforme et les lois des premières années ne peuvent être que des lois provisoires. Tel est bien le caractère de la loi du 27 septembre 1790 qui est le premier document que nous trouvons en matière hypothécaire. La nuit du

4 août avait vu l'abolition de toutes les formalités du régime féodal, et la conséquence était la disparition des principes justifiant le nantissement, et des institutions en assurant la pratique dans les pays du nord de la France, restés fidèles à leurs traditions.

La loi du 27 septembre 1790 consacre l'abolissement des formalités de *saisine, desaisine, vest, devest, mise de fait etc.*, mais pour respecter le principe de la publicité, décide que la transcription des grosses des contrats d'aliénation ou d'hypothèque tiendra lieu de ces formalités. Cette transcription devait s'opérer sur des registres tenus par les greffiers des tribunaux de district. A partir de la loi de 1790 dans les anciens pays de nantissement, la constitution des hypothèques résulte, comme le transfert de la propriété, de la transcription sur des registres.

Ces dispositions sur la transcription furent purement locales. La Constituante ne pouvait songer à enlever aux populations du Nord leur pratique de la publicité, et elle se borna à édicter de nouvelles formes en maintenant le principe.

D'autres décrets vinrent régler l'application de l'édit de 1771 maintenu provisoirement en vigueur, mais ni la Constituante, ni la Législative n'édictèrent une loi générale sur le régime hypothécaire.

Les projets de Code civil de Cambacerès présentés en 1793 et 1794, établissaient l'hypothèque publique. La Convention les rejeta successivement et introduisit par la suite dans le régime hypothécaire des idées nouvelles.

La Convention, justement inquiétée de la dépréciation effrayante des assignats, cherchait les moyens de créer un nouveau papier qui, établi sur les biens nationaux, viendrait permettre de retirer les assignats de la circulation. Johannot déposa le 16 Floréal an III, un projet de mobilisation du sol au moyen de *cédules*

hypothécaires (1). « La nation, dit Johannot, trouvera dans les cédules d'hypothèque sur les biens nationaux, un gage spécial à donner aux assignats émis. Elle y trouvera des ressources pour les dépenses futures sans faire de nouvelle émission d'assignats, divers moyens de les échanger contre des assignats opèreront une rentrée considérable de ces derniers ». On le voit par ces passages du rapport, la préoccupation du comité des finances est de créer un titre susceptible de remplacer l'assignat, et si les conventionnels cherchent à créer le crédit particulier, c'est uniquement pour en faire la base du crédit de l'Etat. Le rapport dit bien que la réforme est un moyen de réparer l'épuisement qui a suivi les crises révolutionnaires, mais c'est surtout l'épuisement de l'Etat qui préoccupe les hommes de l'an III.

Ces bases une fois admises, la loi dont Vernier fut rapporteur se divisa en deux parties distinctes : la première eut trait aux cédules, la seconde organisa le régime hypothécaire. Le 9 Messidor an III, la Convention l'adopta presque sans discussion.

Ce décret posant en principe pour la première fois la publicité des hypothèques est le point de départ du régime moderne et mérite comme tel une rapide analyse.

« Il n'y a d'hypothèques, disait l'article 3, que celles résultant d'actes authentiques inscrits dans des registres publics ouverts à tous les citoyens ». En conséquence il n'y a plus d'hypothèque tacite (article 17). Par là, l'hypothèque légale des femmes et des mineurs se trouvait abrogée. Comme aucune garantie nouvelle n'était créée en remplacement, cette suppression a été vivement critiquée. L'hypothèque résulte de plein droit et sans avoir besoin d'être exprimée, sur les biens présents et à venir des

(1) *Moniteur*, an III, p. 934.

obligés, de tout acte public et de tout jugement (articles 18 et 19); mais l'hypothèque n'a de force, ne produit d'effets que par l'inscription sur le registre du conservateur (art. 19).

Cette inscription s'opère sur le dépôt entre les mains du conservateur d'une double expédition sur timbre du bordereau de la créance. Le conservateur garde l'un des bordereaux et rend l'autre au créancier avec mention de l'inscription.

L'hypothèque prend rang au jour de l'inscription, à moins qu'elle ne soit inscrite dans le mois qui suit le jour de la constitution, auquel cas, elle rétroagit au jour du contrat (art. 22).

On le voit, la loi de Messidor consacrait absolument le principe de publicité, mais d'autre part, elle méconnaissait le principe de la spécialité quant à l'immeuble grévé. En effet l'hypothèque résultant d'un acte régulier frappait (art. 19) les biens présents et à venir des obligés, des condamnés et même ceux de leurs héritiers, ce qui était exagérer encore le principe de la généralité reçu dans l'ancien droit.

En outre, le créancier pouvait faire inscrire son titre partout où il le jugeait convenable, même dans les arrondissements où son débiteur n'aurait aucune propriété territoriale (art. 25).

Au contraire la loi de Messidor exigeait la spécialité absolue quant à la créance garantie (art. 16), en ordonnant à peine de nullité de l'hypothèque, la détermination dans le titre, du montant de la créance.

Comme nous l'avons dit, le but principal de la loi de Messidor était la création d'un système de mobilisation du sol dont la réforme hypothécaire que nous venons d'étudier rapidement était le complément nécessaire. En quoi consistait ce système des cédules basé sur la notion de l'*hypothèque sur soi-même*, empruntée à la législation allemande? C'est ce que nous

exposerons très rapidement, cette matière étant étrangère à notre sujet.

Tout propriétaire qui désirait prendre des cédules sur ses biens devait faire au bureau du conservateur une *déclaration foncière*, servant à la justification de sa fortune immobilière. Cette déclaration mentionnait tous les biens possédés par le requérant dans chaque commune. Le propriétaire joignait ses titres de propriété, baux à ferme et à loyer, etc., en un mot tous les documents pouvant servir à l'évaluation des biens. Le conservateur avait le droit de critiquer cette déclaration, car il était garant de la valeur portée aux cédules (art. 36).

Si le conservateur trouvait que les titres du requérant n'affirmaient pas suffisamment sa propriété, la question était portée devant le tribunal, si le désaccord entre le requérant et le conservateur n'existait que sur la valeur des biens, le conflit se dénouait par une expertise (art. 48).

Une fois les questions de propriété et d'estimation tranchées, le propriétaire était inscrit sur le registre. Il pouvait alors se faire délivrer des cédules jusqu'à concurrence des trois quarts de la valeur de sa propriété (art. 36) ; il adressait à cet effet une réquisition au conservateur, indiquant le nombre des cédules qu'il désirait, et leur valeur (art. 81). Un mois après cette réquisition (art. 78), le conservateur délivrait les cédules qui devaient avoir une durée maximum de dix ans. Ces cédules étaient inscrites sur un registre à souche et transmissibles par voie d'endossement, absolument comme les effets de commerce.

Ce fut là le grief principal que souleva la loi de Messidor : cette facilité de la transmission des cédules parut devoir compromettre la propriété et fut cause des anathèmes que l'on jeta sur la loi de Messidor lors de l'enquête de 1841 sur le régime hypothécaire.

Il ne rentre pas dans notre tâche d'étudier si ces craintes n'étaient pas un peu exagérées et si la loi de Messidor, sans être irréprochable, ne contenait pas en elle le germe d'une réforme utile au crédit hypothécaire. Les motifs de l'insuccès des réformes entreprises par la loi de Messidor, sont d'ordre politique, les commotions qui ébranlaient la France ne laissaient pas le calme nécessaire à une expérience aussi difficile que celle que voulaient tenter les partisans de la mobilisation du sol. Il eut fallu aux principes de la loi de Messidor un terrain plus ferme pour pouvoir fructifier, et l'expérience tentée à une époque de trouble et restée infructueuse alors, serait peut-être reprise utilement en des temps plus calmes.

La loi de Messidor qui devait être obligatoire, au 1^{er} Nivôse an IV, fut prorogée par des décrets du 25 Frimaire an IV (1), et 19 Ventôse an IV (2). Pendant tout ce temps, la France restait toujours sans code hypothécaire ; la loi de Messidor étant soumise à un nouvel examen. La commission chargée de ce travail proposa de rapporter la loi et la discussion s'ouvrit aux Cinq-Cents le 2 Prairial an IX (3) sur cette proposition. Les discussions aboutirent à un nouvel ajournement le 14 Prairial an IV (4).

La commission ayant terminé ses travaux, Réal lut son rapport aux Cinq-Cents le 11 Nivôse an V. Il proclamait dans ce rapport que la publicité était le principe fondamental du régime hypothécaire et que la suppression de l'hypothèque tacite ou légale était la conséquence du principe.

La discussion traîna en longueur pendant tout l'an V, et ce n'est que le 16 Germinal an VI (5) que le

(1) *Moniteur*, an IV, p. 364.

(2) *Moniteur*, an IV, p. 695.

(3) *Moniteur*, an IV, p. 987.

(4) *Moniteur*, an IV, p. 1031.

(5) *Moniteur*, an VI, p. 824.

conseil des Cinq-Cents adopta le nouveau Code hypothécaire, ayant pour base la publicité absolue et abandonnant le système des cédules hypothécaires.

La loi envoyée au conseil des Anciens allait être définitivement acceptée, quand un membre vint déclarer à la tribune que les Cinq-Cents avaient violé la Constitution en omettant de faire trois délibérations ; pour ce motif, la résolution des Cinq-Cents fut annulée le 3 Messidor an VI (1).

Le projet fut alors renvoyé à une nouvelle commission qui déposa son rapport aux Cinq-Cents le 22 Messidor an VI (2); adopté par les Cinq-Cents le projet nouveau fut porté au conseil des Anciens et adopté après quatre séances le 11 Brumaire an VII.

La loi du 11 Brumaire an VII (1^{er} novembre 1798) établit la première un système hypothécaire pratique, reposant sur la publicité.

Comprenant que la publicité des hypothèques ne donne aux tiers des garanties suffisantes que si celui qui traite avec un débiteur est sûr que celui-ci est propriétaire de l'immeuble offert en garantie, la loi de Brumaire établit la publicité des acquisitions de propriété : « Les actes translatifs de biens et droits susceptibles d'hypothèque doivent être transcrits sur les registres du bureau de la conservation des hypothèques dans l'arrondissement duquel les biens sont situés. Jusque là ils ne peuvent être opposés aux tiers qui auraient contracté avec le vendeur, et qui se seraient conformés aux dispositions de la présente » (art. 26). Cette règle empruntée au système des pays de nantissement, est le complément nécessaire d'un bon régime de publicité hypothécaire.

Quant aux hypothèques, la loi décide (art. 2), qu'elles n'ont d'effet que par leur inscription sur les registres

(1) *Moniteur*, an VI, p. 1107.

(2) *Moniteur*, an VI, p. 1176.

publics à ce destinés. La nécessité d'inscription ne fléchit pas pour les hypothèques légales que rétablit la loi de Brumaire, celles-ci comme les autres sont soumises au régime de l'inscription (art. 3).

Le rapporteur Jacqueminot disait : « Le règlement de la publicité doit être absolu et général, ou il est inutile. Qu'on admette une exception, la certitude du gage est détruite, le principe moral de la publicité ne donne plus de résultat. Dispenser les femmes et les mineurs de l'inscription, ce serait violer la charte constitutionnelle qui veut que la loi soit égale pour tous ».

La loi de Messidor consacrait l'hypothèque générale, le législateur de Brumaire comprit que la spécialité était le complément nécessaire de la publicité, et il décida dans l'art. 4, que « toute stipulation volontaire d'hypothèque doit indiquer la nature et la situation des immeubles hypothéqués : elle ne peut comprendre que des biens appartenant au débiteur lors de la stipulation ». Toutefois « l'hypothèque légale frappe tous les biens appartenant au débiteur et situés dans l'arrondissement du bureau où se fait l'inscription. Le créancier peut aussi, par des inscriptions ultérieures, mais sans préjudice de celles antérieures à la sienne, faire porter son hypothèque sur les biens qui écherraient à son débiteur ou qu'il acquerrait par la suite ».

Quant aux formes de cette publicité, la loi de Brumaire abandonna le système de la *transcription* que prescrivait la loi de 1790 pour adopter celui de l'*inscription*. La raison de cette modification de formes fut toute de simplification, la transcription *in extenso* des contrats d'hypothèque étant jugée une formalité trop longue. On dut désormais pour requérir l'inscription, présenter au conservateur des hypothèques un bordereau contenant les énonciations nécessaires et rien

de plus. Les conditions de forme de l'inscription ont été reproduites presque toutes par le Code civil, et c'est là que nous les étudierons.

Pour compléter le système hypothécaire nouveau, une seconde loi fut votée le même jour, 11 Brumaire an VII, posant les règles de l'expropriation forcée.

Postérieurement au 11 Brumaire, la conservation des hypothèques fut organisée par la loi du 21 Ventôse, an VII.

La tâche du droit intermédiaire est dès lors terminée; en face du système ancien de clandestinité, les législateurs de la Révolution ont érigé le système de la publicité absolue. Les rédacteurs du Code qui leur succèdent n'ont pas à créer mais à choisir.

CODE CIVIL

La commission chargée de préparer un projet de Code civil se trouvait dès lors en présence de deux systèmes extrêmes, et sa mission consistait à faire un choix entre la publicité et la clandestinité. L'un et l'autre de ces deux systèmes se présentait avec un respectable cortège d'autorités.

La clandestinité pouvait invoquer en sa faveur le droit romain et la presque unanimité des coutumes nationales, l'autorité de d'Aguesseau, de Basnage, et de tant de vieux auteurs. La publicité avait pour elle deux lois importantes consacrant le dernier état de la question et semblait avoir porté pour toujours un coup mortel à son adversaire.

Malgré la faveur qui s'attache toujours à la dernière expression du progrès, la commission repoussa le principe de la publicité et revint au régime hypothé-

caire que créait l'édit de 1771. Les raisons de ce recul sont assez faciles à dégager. Plusieurs des rédacteurs du Code étaient de vieux praticiens habitués à l'édit de 1771. D'autres se basaient sur le grand reproche que l'on adressait à la loi de Brumaire. Celle-ci conservant aux incapables la garantie de l'hypothèque légale, en subordonnait l'effet à l'inscription; or on prétendait que c'était retirer d'une main ce qu'on accordait de l'autre, les incapables étant dans l'impossibilité d'inscrire leurs hypothèques.

Lorsque le projet de la commission fut soumis à l'examen des Cours et tribunaux, il souleva de vives protestations. Tandis que la plupart des tribunaux d'appel acceptèrent le retour à la clandestinité (1), les tribunaux de Paris, Lyon, Bruxelles, Rouen, Caen, Douai, Grenoble, Poitiers, appuyés par le tribunal de Cassation se prononcèrent pour le maintien de la loi de Brumaire. Le tribunal de Cassation présenta un projet de système hypothécaire basé sur la publicité, et l'art. 4 de son contre projet est ainsi conçu: (2) « entre les créanciers, les privilèges ne produisent d'effet à l'égard des immeubles, et les hypothèques ne prennent rang qu'autant qu'ils sont rendus publics par inscription sur les registres du conservateur des hypothèques, de la manière déterminée par la loi et à compter de la date de cette inscription, sauf les seules exceptions que la loi établit expressément. » L'exposé des motifs du tribunal de cassation est même très dur pour les partisans de la clandestinité. « La publicité avait été établie sous Henri III, sous Henri IV, sous Louis XIV. Les cris des fripons accrédités, qui regrettaient l'abus d'un crédit trompeur et d'une fausse apparence de solvabilité, ont renversé ces établisse-

(1) Laurent, t. 30, p. 148.

(2) Fenet, *Travaux préparatoires du Code civil*, t. 2, p. 608 et 650.

ments presque à leur naissance. Ils ont fait de notre temps les mêmes efforts : espérons qu'ils ne réussiront pas. Tous les gens probes et désintéressés s'accordent à reconnaître que les hypothèques doivent être publiques. »

C'est dans ces conditions que le projet se présenta au Conseil d'Etat. On pouvait croire que de ces deux systèmes absolument différents qui se présentaient à son examen, il fallait choisir l'un ou l'autre : il n'en fut rien. M. Bigot Préameneu chargé de défendre le projet de la commission, reproduisit les arguments invoqués jadis par d'Aguesseau (1). Il reprocha à la publicité de dévoiler le secret des affaires des familles et de ruiner le crédit privé. Il fit de la publicité une mesure purement fiscale et reproduisit ce reproche qui avait amené en 1674 la chute de l'édit de Colbert.

Ces critiques de la loi de Brumaire n'étaient pas sans répliques, mais où M. Bigot trouva un terrain d'argumentation plus solide, c'est quand il entreprit la critique des dispositions de la loi de Brumaire relatives aux hypothèques légales. Il n'eut pas de peine à démontrer que la loi exigeant l'inscription de l'hypothèque des incapables et oubliant d'organiser les moyens d'assurer cette inscription, laissait sans garantie les incapables. Sa conclusion fut le rejet du nouveau système de publicité et le retour au régime hypothécaire « qui maintenait, disait-il dans son résumé, tous les droits de propriété, et sous lequel la France s'était pendant un grand nombre de siècles, élevée au plus haut degré de prospérité » (2).

M. Treilhard répondit à M. Bigot en réfutant les objections du rapport précédent. Il démontra que la publicité, si elle paraissait nuire au débiteur, était

(1) « *On dirait un Romain du temps des XII Tables* », dit M. Laurent, t. 30, p. 149.

(2) Locré, t. 16, p. 158.

indispensable à sauvegarder l'intérêt du créancier, que le régime qui existe actuellement est certainement préférable pour les hommes de bonne foi à celui qui l'a précédé (1). Il tenta de défendre le système établi par la loi de Brumaire quant aux hypothèques légales, mais sur ce point il parut « moins fort ». C'est l'opinion exprimée par le consul Cambacérès lui-même.

Enfin M. Portalis, ennemi à la fois du système de la commission et du système de Brumaire, indiqua au conseil d'Etat la transaction possible entre ces deux systèmes : il dit qu'il proposerait de repousser également et le système de la loi du 11 Brumaire et celui de la commission s'il n'était persuadé que cette opinion ne serait pas adoptée par le conseil. Le système le plus simple serait de laisser chacun veiller par lui-même à ses intérêts. Comme ce système ne peut avoir de partisans, il faut choisir entre deux maux, et M. Portalis déclare admettre la publicité de la loi de Brumaire, pourvu qu'on ne l'étende pas aux engagements qui naissent du mariage et de la tutelle. Tout le système du Code civil est dans ces mots et on y entrevoit la transaction qui interviendra.

Telles furent les discussions entre les deux systèmes, le premier Consul fit pencher la balance en faveur de la publicité et déclara que depuis l'an VII, le système de la spécialité et de la publicité existant en France, il n'y a pas à revenir en arrière. « Il faut la publicité, il faut la spécialité; mais il faut aussi qu'elle ne puisse nuire aux hypothèques légales (2). » La discussion générale fut close au conseil d'Etat à la séance du 19 Pluviôse, an XII (9 février 1804) et les principes suivants furent adoptés : 1° Toute hypo-

(1) Loqué, t. 16, p. 160.

(2) Loqué, t. 16, p. 194.

thèque sera publique ; 2° la sûreté de la femme et du mineur doit être préférée à celle des acquéreurs et des prêteurs (1).

Le nouveau projet rédigé par Treilhard sur ces données fut présenté à la séance du 3 Ventôse, an XII (23 février 1804) et définitivement adopté le 22 Ventôse. Voté par le Tribunat le 26, il fut porté au Corps législatif et voté le 29 Ventôse.

Le système créé par le Code civil est un système mixte ; à côté des hypothèques publiques il laisse subsister certaines hypothèques occultes frappant à la fois tous les immeubles des maris et des tuteurs. La publicité n'est donc plus complète. D'autre part, le Code néglige d'organiser la publicité des transmissions de propriété, et détruit ainsi cette base indispensable d'un bon régime hypothécaire qu'avait établie la loi de Brumaire. Comme le Code civil empruntait à la loi du 11 Brumaire le principe de publicité, elle lui empruntait naturellement aussi le procédé pour réaliser cette publicité, c'est-à-dire l'inscription sur les registres du conservateur.

Cet aperçu des origines historiques de la publicité nous fait connaître les vicissitudes par lesquelles est passé le principe jusqu'au Code civil. C'est la réglementation de cette publicité sous l'empire des règles du Code civil qui va être l'objet de la suite de cette étude.

Nous examinerons dans un premier chapitre : la publicité de l'hypothèque en général et dans un second chapitre : les dispenses d'inscription accordées par le Code aux hypothèques légales. Nous verrons enfin dans un troisième chapitre les modifications apportées par la loi du 23 mars 1855 à la législation existante.

(1) Locré, t. 16, p. 248.

CHAPITRE PREMIER

Publicité de l'hypothèque en général.

Avant de commencer l'étude détaillée des règles organisant dans le code civil la publicité, il est bon de bien distinguer l'inscription de l'hypothèque elle-même. L'hypothèque a une existence indépendante de l'inscription, qui la suppose valablement établie. C'est la convention, le jugement, la loi qui donnent naissance à l'hypothèque et non pas l'inscription. Le défaut d'inscription ne pourrait donc pas être invoqué par le débiteur, à son égard qu'il y ait ou non inscription, le titre constitutif d'hypothèque conserve sa valeur. Mais à l'égard des tiers (et il faut entendre par là, non-seulement les acquereurs de l'immeuble grevé et les créanciers hypothécaires ou privilégiés, du débiteur, mais même les créanciers chirographaires) (1) l'inscription est absolument nécessaire pour donner la vie à l'hypothèque et la rendre opposable à tous. L'inscription est donc le seul moyen que la loi donne pour rendre l'hypothèque publique.

(1) Aubry et Rau, t. III, § 267.

SECTION I. — Mesures préparatoires de la publicité

§ I. Qui peut requérir l'inscription ?

Le premier intéressé à sauvegarder l'hypothèque est le créancier, il a donc sans conteste le droit de requérir l'inscription. Lorsque le créancier demande l'inscription, il fait un acte purement conservatoire, il s'ensuit qu'aucune condition de capacité n'est exigée pour requérir inscription. Les mineurs, les interdits sans l'intervention de leurs tuteurs, les femmes mariées sans l'autorisation de leurs maris peuvent requérir inscription de leurs hypothèques légales (art. 2139) et la solution doit être évidemment la même lorsqu'il s'agit d'une hypothèque conventionnelle.

Les héritiers, légataires ou créanciers peuvent prendre inscription, la créance devenant leur bien, il en est de même de l'hypothèque qui en est l'accessoire.

Si le créancier cède sa créance, le cessionnaire peut faire inscrire l'hypothèque et il y a intérêt même au cas où l'hypothèque a été rendue publique avant la cession ; il se met ainsi à l'abri du préjudice que pourrait lui causer le cédant, en donnant mainlevée au débiteur. Le cessionnaire a le droit d'inscrire l'hypothèque en son nom ou en celui du cédant avant et après la signification de la cession. Toutefois on hésita quelque temps à lui donner ce droit avant la signification au cédé, la cour de Paris consacra même une solution contraire, mais aujourd'hui il est admis universellement que l'inscription est possible. La délégation n'a pas ici les mêmes effets que la cession et le créancier à qui le débiteur délègue une créance ne

peut prendre inscription en son nom avant d'avoir accepté la délégation (1).

Le créancier n'est pas obligé de faire en personne la réquisition d'inscription, il peut être représenté, dit l'article 2148.

Les mandataires légaux : tuteurs, curateurs, etc., peuvent et doivent requérir inscription des hypothèques acquises par les personnes dont ils sont chargés de gérer le patrimoine. Le notaire qui a reçu l'acte de constitution d'hypothèque ne peut être considéré comme mandataire légal et tenu de requérir l'inscription. Un mandat conventionnel peut aussi être donné à cet effet par le créancier, la loi n'exige aucune forme pour ce mandat. La procuration peut être écrite ou simplement verbale et le conservateur des hypothèques constate suffisamment les pouvoirs du requérant par l'existence entre ses mains des pièces nécessaires.

Un tiers sans mandat peut-il requérir l'inscription? L'affirmative est admise universellement et un seul auteur tirant des articles 2139 et 775, Code de Proc. un argument *a contrario*, éleva des doutes sur cette pratique.

Le créancier du créancier hypothécaire lui-même aurait le même droit en vertu des articles 1166 et 775, Code de Proc. Mais comme le décide M. Pont (2), « il ne pourrait requérir cette inscription en son nom personnel, mais au nom de son débiteur, il agit, en effet, dans cette circonstance comme le représentant du débiteur et non-seulement dans son intérêt propre, mais dans celui de tous ses cocréanciers. »

Enfin le conservateur des hypothèques lui-même peut-il prendre inscription de sa propre initiative? Le conservateur considéré comme homme privé, abstrac-

(1) Aubry et Rau, t. III, § 270.

(2) Pont., *Privilèges et hypothèques*, n° 932.

tion faite de son titre de fonctionnaire, peut prendre inscription d'une hypothèque appartenant à un ami, comme pourrait le faire tout individu mandataire ou gérant d'affaire, c'est en ce sens qu'il faut entendre un arrêt de la Cour de cassation du 13 juillet 1841. Mais sa qualité ne lui donne pas le droit de prendre d'office des inscriptions et il ne doit pas faire extension de l'article 2108 qui lui prescrit de prendre une inscription dans un cas particulier. En dehors de là s'il agissait comme fonctionnaire, les parties intéressées auraient le droit de lui refuser tout salaire et de demander la radiation à ses frais; mais MM. Aubry et Rau pensent que l'inscription ne serait pas nulle et pourrait profiter au créancier comme celle prise par un tiers sans mandat (1).

§ II. — A quelle époque peut être requise l'inscription?

Pour déterminer les délais de l'inscription, il faut fixer les limites extrêmes. A partir de quel moment? et jusqu'à quel moment peut-on requérir l'inscription? Voilà les deux questions que nous avons à examiner successivement.

1° A PARTIR DE QUEL MOMENT?

L'hypothèque peut être inscrite dès qu'elle existe et alors seulement. Etudier en détail le moment précis de la naissance de l'hypothèque sort de notre sujet, nous nous bornerons à l'indiquer rapidement.

L'hypothèque légale ne nous occupe pas, puisqu'elle n'a pas besoin d'être inscrite, sauf celle du trésor et des établissements publics sur les biens des comptables; pour celle-ci, pas de difficulté, c'est à dater de l'entrée en fonctions des comptables.

(1) Aubry et Rau, t. III, § 270.

L'hypothèque conventionnelle peut être inscrite du moment que l'acte est reçu par le notaire; mais si dans le cas prévu par l'art. 2130, l'hypothèque a été consentie sur les biens présents et à venir, l'inscription ne pourra être utilement prise quant à ces derniers, qu'au fur et à mesure de leur entrée dans le patrimoine du débiteur.

Quant à l'hypothèque judiciaire, elle est acquise à la date du jugement et peut dès lors être inscrite, mais la loi du 3 septembre 1807 consacre une dérogation à cette règle. Aux termes de cette loi, l'hypothèque résultant d'un jugement rendu sur une demande en reconnaissance d'obligation sous seing privé, à terme ou conditionnelle, ne peut être inscrite valablement qu'après l'échéance du terme ou l'accomplissement de la condition.

II. JUSQU'À QUEL MOMENT ?

L'hypothèque peut être inscrite tant que le débiteur demeure propriétaire, et jusqu'au moment où une aliénation opérée par lui devient définitive. Entre le vendeur et l'acheteur, nulle difficulté pour savoir le moment où l'aliénation est consommée, mais le créancier hypothécaire est un tiers, et il importe de préciser à partir de quel moment une aliénation est définitive à l'égard des tiers.

La législation a bien varié à cet égard depuis l'an VII. Sous l'empire de la loi de Brumaire, les actes translatifs de propriété et de droits susceptibles d'hypothèque devaient être transcrits au bureau du conservateur des hypothèques, pour être opposables aux tiers qui auraient traité avec le vendeur. Jusqu'à cette transcription, la vente intervenue ne pouvait être opposée ni à un second vendeur, ni à un créancier acquérant une hypothèque, ni à plus forte raison donc à un créancier inscrivant une hypothèque précédem-

ment acquise. Sous l'empire de la loi de Brumaire, la transcription du contrat de vente arrêtaient donc seule le cours des inscriptions.

Lors de la rédaction du Code civil, la question de la publicité des transmissions de propriété immobilière fut de nouveau agitée. De graves dissentiments s'élevaient à cet égard entre les rédacteurs, les uns tenant pour la transcription, dont ils exposaient les avantages; les autres la repoussant comme inutile et dangereuse pour l'acheteur. La discussion s'engagea sur l'article 1140, destiné à régler l'effet de l'obligation de donner et la solution fut renvoyée au titre de la vente. A ce titre, l'article 1583 ne nous donne pas de solution et on la chercherait en vain au titre des hypothèques. Toutefois, les rédacteurs arrivés à ce point durent prendre une décision. Tronchet vint combattre la transcription avec toute l'énergie qu'il avait déjà déployée dans ses attaques contre la publicité des hypothèques; Treilhard défendit la transcription, mais aucun vote ne vint couronner cette discussion. La rédaction définitive ne fit plus mention de la transcription, et la loi fut votée telle quelle. Est-ce un oubli? est-ce, comme le dit M. Troplong, un escamotage? Quoi qu'il en soit, cette question si importante du régime hypothécaire fut emportée à la faveur d'une omission non motivée.

Nous avons déjà eu l'occasion de le dire, la publicité des hypothèques sans la publicité des actes translatifs de propriété immobilière est illusoire, « c'est un leurre », dit M. Laurent, et cependant ce fut le système du Code civil. Des auteurs ne pouvant se résoudre à cette dure extrémité voulurent voir dans le silence du Code le maintien pur et simple de la loi de Brumaire, mais malgré leurs louables efforts, la jurisprudence se refusa à consacrer cette doctrine, et il fut admis que sous le Code civil la propriété était valable-

ment transférée, tant entre les parties contractantes qu'à l'égard des tiers, par la simple convention sans nécessité de transcription. A partir du moment du contrat de vente, le vendeur ayant définitivement perdu la propriété *erga omnes*, aucune inscription d'hypothèque ne pouvait plus être prise.

Une troisième phase dans la question qui nous occupe s'ouvre avec le Code de procédure civile. Le principe du Code civil fut, en ce qui concerne les aliénations volontaires, modifié par l'article 834 du Code de procédure. D'après cet article, le créancier hypothécaire peut demander inscription de son hypothèque, dans l'intervalle de la vente à la transcription, et même pendant la quinzaine qui suit la transcription du contrat. L'article 834 ne change pas le principe posé par le Code en matière de transcription, il ne rend pas celle-ci obligatoire pour la perfection de la vente que la simple convention rend opposable à tous. La transcription est ici simplement utile pour mettre en demeure les créanciers d'avoir à s'inscrire et pour les faire connaître. Dans les délais indiqués par l'article 834, les créanciers du vendeur et des précédents propriétaires, ainsi que les créanciers de l'acquéreur sont admis concurremment à inscrire leurs hypothèques, et la préférence entre eux se règlera par la date des inscriptions. Les créanciers inscrits antérieurement à la transcription ont cet avantage, que l'acquéreur doit leur faire les notifications à fin de purge prescrites par les articles 2183 et 2184 du Code civil, ce qui les met à même de surenchérir (article 835 pr. civ.).

La modification apportée par le Code de procédure civile ne s'appliquait qu'aux aliénations volontaires. Quant aux aliénations forcées, on restait sous l'empire du Code et aucune inscription ne pouvait être prise après le jugement d'adjudication.

La loi du 7 juillet 1833, relative à l'expropriation.

pour cause d'utilité publique, permet aux créanciers hypothécaires de s'inscrire sur l'immeuble exproprié dans la quinzaine de la transcription du jugement d'expropriation, et l'art. 16 de cette loi rend obligatoire la transcription du jugement. Ces dispositions sont reproduites dans la loi du 3 mai 1841.

Enfin depuis la loi du 23 mars 1855, les principes de la loi de Brumaire sont rétablis et la transcription de l'acte d'acquisition est nécessaire pour transférer à l'acheteur la propriété à l'égard des tiers. C'est donc jusqu'à ce moment que peuvent être prises aujourd'hui les inscriptions d'hypothèques consenties par le vendeur. La loi de 1855 ayant abrogé les articles 834 et 835 du Code de Procédure civile, il n'y a plus aujourd'hui de délai de grâce, une fois la transcription opérée, nulle hypothèque ne peut valablement être inscrite.

Si l'on suppose la mort du débiteur et un legs particulier de l'immeuble hypothéqué fait par celui-ci, la propriété étant transférée par le fait même du décès au légataire *erga omnes*, sans qu'aucune transcription soit exigée, l'inscription est impossible du jour du décès.

La limitation du temps pendant lequel une hypothèque peut être inscrite se rattache à l'intérêt des tiers acquéreurs de l'immeuble hypothéqué.

C'est l'intérêt des créanciers hypothécaires ou chirographaires qui a inspiré l'art. 2146, interdisant de prendre inscriptions des hypothèques après la faillite du débiteur ou l'acceptation de sa succession sous bénéfice d'inventaire.

A. FAILLITE DU DÉBITEUR. — Cette disposition a été empruntée à notre ancienne législation. L'édit de mars 1673 (ordonnance sur le commerce) déclarait nuls les transports, cessions, ventes et donations de biens, faits en fraude des créanciers et décidait que ces biens ainsi distraits seraient rapportés à la masse

commune. Une déclaration royale du 18 nov. 1702 rendue dans le même esprit, développa et appliqua cette décision spécialement aux hypothèques. On voulait dans cette ordonnance empêcher un débiteur sur le point de tomber en faillite de favoriser certains créanciers aux dépens de la masse, et on décidait dans ce but que « les contrats ou obligations passées devant notaires, ou les sentences prononcées en justice, ne pourraient conférer aucun droit de préférence à un créancier quel qu'il fût, s'ils intervenaient dans les dix jours précédant la cessation des paiements ». L'ordonnance atteignait bien le but qu'elle se proposait, mais la loi de Brumaire qui la copia eût le tort de l'exagérer en défendant dans son article 5, non-seulement l'acquisition d'une hypothèque, mais l'inscription d'une hypothèque antérieurement et valablement acquise.

A son tour l'article 2146 du Code civil nous dit : « Les inscriptions ne produiront aucun effet, si elles sont prises dans le délai pendant lequel les actes faits avant l'ouverture des faillites sont déclarés nuls. » Le tort de l'art. 2146 comme celui de la loi de Brumaire était de s'attaquer, non pas directement aux actes intervenus pendant une période suspecte, mais à l'inscription qui, n'ayant d'autre but que de conserver une hypothèque acquise, ne mérite pas la même défiance que l'acte de constitution lui-même. Il était dur de faire perdre toute hypothèque valablement acquise pour un retard mis à la faire inscrire.

Le Code de commerce de 1807, dont l'article 443 portait que « nul ne peut acquérir privilège ni hypothèque sur les biens du failli dans les dix jours qui précèdent la faillite, » ne changea pas la situation. Bien plus, il l'aggrava, car son texte général engloba les privilèges et hypothèques légales qu'il n'est pas au pouvoir du failli de créer à sa volonté, et qui,

par conséquent, ne peuvent encourir le reproche de fraude qu'on adresserait à des hypothèques conventionnelles.

Enfin la loi du 28 mai 1838 remplaça l'ancien texte du Code de commerce et c'est avec les nouveaux articles 446 et 448 de ce Code que doit être combiné l'art. 2146 du Code civil. Les nouveaux articles concilient équitablement les intérêts de la masse des créanciers chirographaires de la faillite, et ceux des créanciers hypothécaires du failli, ils font une juste distinction entre les acquisitions hypothécaires et la conservation d'hypothèques antérieures.

Au point de vue de la constitution, l'art. 446 ne prohibe plus que celles d'hypothèques conventionnelles ou judiciaires. Quant à la faculté de s'inscrire qui nous occupe seule, l'article 448 décide que « les droits d'hypothèque et de privilège valablement acquis pourront être inscrits jusqu'au jour du jugement déclaratif de la faillite. » Mais comme par une collusion frauduleuse avec le débiteur, le créancier pouvait intentionnellement reculer l'inscription d'une hypothèque antérieurement acquise, pour conserver au débiteur un crédit apparent, la loi permet aux juges d'annuler les inscriptions prises après l'époque de la cessation de paiement ou dans les dix jours qui précèdent, pourvu qu'il se soit écoulé plus de quinze jours entre la date de l'acte constitutif d'hypothèque et celle de l'inscription. Le pouvoir discrétionnaire dont sont investis les juges, leur permet d'annuler une inscription prise par un créancier même de bonne foi, mais dont la négligence à s'inscrire a pu causer un préjudice aux tiers.

Tout créancier peut donc, sous la réserve du droit d'appréciation laissé aux juges par l'article 448, s'inscrire jusqu'au jour du jugement déclaratif de faillite,

mais l'inscription prise ce jour là-même serait annulable comme tardive.

Ces principes s'appliquent sans difficulté aux hypothèques conventionnelles et judiciaires, de même qu'aux hypothèques légales assujetties à la nécessité de l'inscription. Mais quant aux hypothèques légales des mineurs et des femmes, « l'article 448 du Code de commerce n'a pas pu avoir pour effet de changer les conditions qui leur ont été faites par la loi civile et de les faire tomber pour n'avoir pas été inscrites avant le jugement qui déclare la faillite du débiteur, lors que la loi civile les a expressément dispensées d'inscription (1). »

Les principes posés par le Code de commerce doivent être combinés avec ceux que la loi du 23 mars 1855 est venue proclamer. On ne peut pas dire avec exactitude qu'une inscription sera valable, par cela seul qu'elle sera prise avant le jugement déclaratif de la faillite du débiteur. Il se peut que celui-ci ait auparavant aliéné son immeuble, et que l'acquéreur ait de suite fait transcrire, ce qui, aux termes de l'article 6, arrête le cours des inscriptions.

Réserve faite de ces diverses exceptions, le principe de l'article 448 est la règle, et la sanction de l'inobservation est la nullité de l'inscription, mais il faut remarquer que la nullité ne peut être invoquée que par la masse. Le failli remis à la tête de ses affaires après le concordat ou le règlement de sa faillite ne peut attaquer l'inscription prise après le jugement déclaratif par un créancier (2).

La loi visant expressément le cas de faillite, on ne peut appliquer ses règles à la déconfiture. En effet, le Code n'organise nulle part l'état de déconfiture et en outre cette extension aboutirait à faire prononcer

(1) Pont., *Privileges et hypothèques*, n° 890.

(2) *Req. rej.*, 1^{er} fév. 1863; Sirey, 63, 1, 262.

des nullités d'inscription, ce qui est très grave. Les auteurs et la jurisprudence sont aussi d'accord à repousser l'assimilation de la cession de biens à la faillite pour le cas qui nous occupe.

B. ACCEPTATION DE LA SUCCESSION DU DÉBITEUR SOUS BÉNÉFICE D'INVENTAIRE. — Les héritiers d'un débiteur étant les continuateurs de la personne de celui-ci, il n'est pas douteux que les créanciers aient la faculté d'inscrire une hypothèque après le décès du débiteur (art. 2149). Cependant cette solution générale reçoit une exception pour le cas où les héritiers, au lieu d'accepter purement et simplement la succession, l'acceptent sous bénéfice d'inventaire; les inscriptions restent sans effet, dit l'article 2146. 2° « Entre les créanciers d'une succession si elles ont été faites par l'un d'eux depuis l'ouverture et dans le cas où la succession n'est acceptée que par bénéfice d'inventaire. »

Quelle est la raison de cette assimilation à la faillite de l'acceptation bénéficiaire ? Les rédacteurs du Code ont pensé que l'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire faisait présumer l'insolvabilité de cette succession, qu'il y avait là une situation analogue à la faillite. De même que l'ouverture de la faillite écarte la personne du failli pour laisser ses créanciers en face du patrimoine qui est leur gage commun, de même l'héritier refusant la qualité de représentant passif du défunt, les créanciers de celui-ci doivent avoir comme gage commun son patrimoine. Il ne faut pas que des créanciers voisins du lieu d'ouverture de la succession puissent s'inscrire avant d'autres, et acquérir par là un droit de préférence aux dépens de la masse. Toutes ces raisons sont bien faibles. La loi n'a pu croire que toutes les successions échues à des incapables étaient insolubles, et qu'il fallait faire une assimilation sur ce point avec la faillite. Quand on dit qu'on veut par ce moyen empêcher les créanciers de

se créer des causes de préférence aux dépens des autres, on fait une confusion entre la constitution et l'inscription de l'hypothèque. Que la loi interdise au créancier d'obtenir une hypothèque de l'héritier après l'acceptation bénéficiaire, cela se comprend puisque les deux patrimoines sont séparés et que ce serait rendre sans motif la condition de ce créancier meilleure. Mais lui interdire de prendre inscription pour conserver une hypothèque antérieurement acquise, c'est lui causer un grave préjudice pour un fait auquel il ne peut rien. Cet inconvénient a bien été compris par le législateur belge qui dans sa loi de réforme hypothécaire du 16 décembre 1851 a admis à l'inscription après le décès, quelle que soit la forme de l'acceptation, les hypothèques antérieurement acquises, en limitant à trois mois le délai accordé au créancier, pour éviter des liquidations indéfiniment suspendues (1). Lors de notre réforme hypothécaire, on avait supprimé purement et simplement le 2° de l'art. 2146, mais le projet n'a pas abouti.

Le 2° de l'article 2146 établissant une disposition exceptionnelle et peu justifiée, il faut s'en tenir dans son application aux termes exprès de la loi, et en écarter tout ce qui n'y rentre pas évidemment. Ainsi l'article 2146 s'applique au cas où une succession n'a été acceptée bénéficiairement qu'à raison de l'incapacité personnelle des héritiers, où elle est vacante, mais on ne pourrait l'appliquer à la séparation des patrimoines (2).

§ III. — Formalités de la réquisition

Lorsqu'une personne requiert du conservateur

(1) Art. 82 de la loi belge ; Martou, *Commentaire*, t. III, p. 135.

(2) Aubry et Rau ; t. III, § 272.

l'inscription d'une hypothèque, elle doit justifier de l'existence de l'hypothèque et fournir au conservateur les renseignements nécessaires pour opérer l'inscription. Les formalités sont donc : 1° la production du titre donnant naissance à l'hypothèque ; 2° la remise de bordereaux.

1° PRODUCTION DU TITRE

L'article 2148 prescrit la remise au conservateur de l'original en brevet, ou d'une expédition authentique du jugement ou de l'acte qui donne naissance à l'hypothèque. Cette formalité n'a pas d'intérêt pour les tiers, car à supposer l'inscription prise sans titre, l'hypothèque s'évanouirait à l'ordre, mais elle est importante pour le conservateur ; elle le met à l'abri du recours que pourrait intenter contre lui la personne dont les biens seraient faussement désignés comme hypothéqués, et dont le crédit aurait reçu une atteinte. Le conservateur peut donc se refuser à prendre l'inscription si le titre ne lui est pas produit. Mais c'est là son seul droit, il n'est pas juge de la validité du titre. Le conservateur des hypothèques est un fonctionnaire et non un magistrat, il n'a qu'à déférer à la demande des parties appuyée des pièces exigées par la loi, sans avoir à juger l'exactitude de leurs demandes. La production du titre étant requise dans l'intérêt du conservateur, l'inscription opérée sans l'accomplissement de cette formalité ne serait pas entachée de nullité.

2° REMISE DES BORDEREAUX.

Bien qu'il soit facile au conservateur d'extraire du titre les énonciations nécessaires pour opérer l'inscription, la loi exige du requérant la production de deux bordereaux sur timbre extraits par le requérant du titre constitutif. Cette formalité requise pour toute espèce d'hypothèque se comprend, car le conservateur

engagerait par trop sa responsabilité, s'il devait faire lui-même les extraits du titre dont la rédaction parfois embarrassée ne laisse pas découvrir les éléments essentiels. L'article 2148 indique les énonciations que doivent contenir les bordereaux, nous les étudierons en détail quand nous étudierons l'inscription en elle-même, car elle doit les reproduire. La remise des bordereaux est prescrite dans l'intérêt du créancier comme dans celui du conservateur, c'est pour cela qu'ils sont rédigés en double. Le conservateur en garde un pour sa justification et remet l'autre au créancier avec mention de la date et du numéro de l'inscription. La sanction du défaut de production des bordereaux n'est pas la nullité, car la remise n'est pas exigée dans l'intérêt des tiers.

Pour éviter des confusions parmi les inscriptions que le conservateur ne peut effectuer de suite, il doit tenir un registre sur lequel il inscrit jour par jour et par ordre numérique les remises qui lui sont faites de bordereaux pour être inscrits. (art. 2200). Comme les bordereaux ne doivent être inscrits sur les registres à ce destinés qu'à la date et dans l'ordre des remises, ce registre des dépôts constitue une table des matières exacte du registre d'inscription. En attendant d'opérer la formalité, le conservateur doit délivrer au requérant une reconnaissance sur papier timbré rappelant le numéro du registre sur lequel la remise a été inscrite.

SECTION II. — Réalisation de la publicité.

Jusqu'à présent nous avons vu quel est le devoir du requérant pour arriver à la publicité, nous allons

voir maintenant comment elle se réalise et ici nous aurons à nous occuper des faits propres au conservateur des hypothèques. Nous verrons aussi comment l'inscription réalisée est portée à la connaissance des tiers. Tout d'abord nous devons examiner où se réalise la publicité, c'est-à-dire où doit être faite l'inscription.

§ I. — Où doit être prise l'inscription.

Le but de l'inscription est de révéler aux tiers les hypothèques grevant un immeuble, de faire connaître de combien sa valeur est diminuée et quel crédit il peut désormais offrir. Pour réaliser ce but d'une manière efficace il faut rapprocher autant que possible de l'immeuble la source des renseignements utiles aux tiers. Toutes les législations qui ont organisé la publicité l'ont bien compris et ont créé des circonscriptions territoriales dans lesquelles tous les renseignements relatifs aux fonds de la circonscription sont condensés en un centre commun. L'édit de 1673 et celui de 1771 centralisaient les inscriptions par baillages et sénéchaussées, les lois de l'an III et de l'an VII par arrondissements et districts. Aujourd'hui l'article 2146 dispose que : « les inscriptions se font au bureau de conservation des hypothèques dans l'arrondissement duquel sont situés les biens soumis au privilège ou à l'hypothèque. »

Ce système a l'avantage d'offrir une base certaine aux recherches, la situation des immeubles étant immuable. Si un domaine hypothéqué est situé sur plusieurs arrondissements, les inscriptions doivent être prises à la conservation des hypothèques de chaque arrondissement.

Aujourd'hui les circonscriptions hypothécaires cor-

respondent aux circonscriptions administratives et judiciaires ; dans chaque chef-lieu d'arrondissement il y a une conservation des hypothèques, à la tête de ce bureau est placé un conservateur des hypothèques. L'origine de la fonction remonte à l'édit de 1673, c'est dans l'édit de 1771 que se trouve pour la première fois la dénomination usitée aujourd'hui et c'est la loi du 21 Ventôse an VII qui régit actuellement la conservation des hypothèques.

§ II. — Formalités de l'inscription.

Elles peuvent se diviser en formalités intrinsèques ou de fond et en formalités extrinsèques ou de forme.

A. FORMALITÉS INTRINSÈQUES. — L'inscription doit, pour produire une publicité parfaite, satisfaire à certaines conditions de fond, autrement dit contenir certaines énonciations qui sont reproduites aux bordereaux exigés du requérant et que nous étudierons dans l'ordre où l'article 2148 les indique.

1° « Les nom, prénoms, domicile du créancier, sa profession, s'il en a une, et l'élection de domicile pour lui dans un lieu quelconque de l'arrondissement du bureau. » Cette désignation du créancier n'a pas d'importance pour les tiers, car la personnalité du créancier ne modifie pas les droits qu'il a sur l'immeuble. Elle n'en a pas davantage pour le débiteur qui sera toujours tenu de s'exécuter. Elle ne profite donc qu'au créancier pour les notifications et sommations que la loi exige à son égard (articles 2156, 2183 C. c., art. 692 et 753, C. Pr. c.) Pour que ces sommations puissent s'effectuer facilement il faut indiquer les nom, prénoms, profession du créancier. Mais il n'est pas nécessaire de fournir une indication formelle, il suffit de désigner le créancier en termes tels qu'on ne puisse

douter de son identité. Il en est autrement de l'élection de domicile qui a une importance toute spéciale, en effet, c'est à ce domicile élu que se font les assignations à fin de purge (art. 2183), les sommations à prendre communication du cahier des charges au cas d'expropriation (art. 692, C. pr. c.) etc... Cette élection de domicile est donc nécessaire, même au cas où le créancier aurait son domicile réel dans l'arrondissement, du reste cette élection de domicile n'est pas absolument définitive, l'article 2152 décide qu'il est loisible à celui qui a requis une inscription, ainsi qu'à ses représentants ou cessionnaires par acte authentique de changer sur le registre des hypothèques le domicile par lui élu, à la charge d'en choisir et indiquer un autre dans le même arrondissement.

2° « Les nom, prénoms, domicile du débiteur, sa profession, s'il en a une connue ou une désignation individuelle et spéciale, telle que le conservateur puisse reconnaître et désigner dans tous les cas l'individu grevé d'hypothèque. » C'est ici une indication essentielle. En effet c'est au nom de celui-ci que doit être prise l'inscription puisque dans notre système français les répertoires sont tenus par noms de propriétaires. C'est donc là une énonciation intéressante au plus haut point les tiers et pourtant la loi semble dans ses termes moins exigeante que pour l'indication de l'état civil du créancier, elle se contente d'équivalents, du moment que le conservateur ne conserve pas de doute sur l'identité du débiteur. La raison de cette différence est que le requérant peut ignorer tous les détails de la situation personnelle du débiteur, tandis qu'il connaît le créancier, si tant est que ce n'est pas lui. Si le débiteur est décédé, et que le requérant ignore les noms de ses héritiers, l'article 2149 permet de prendre inscription sous la simple désignation du défunt.

Si depuis la constitution d'hypothèque, l'immeuble a

changé de mains, c'est au nom du débiteur originaire que doit être prise l'inscription, sans qu'il soit nécessaire de désigner le détenteur actuel (1). De cette règle, il peut résulter des inconvénients pour les tiers, car ils peuvent être induits en erreur sur la situation hypothécaire du débiteur de l'immeuble. Comme nous le voyons, l'indication du débiteur est du plus haut intérêt pour la publicité hypothécaire, mais il ne faut pas attacher à chacun des éléments de l'énonciation une importance que la loi elle-même repousse. Par conséquent la nullité ne sera pas encourue pour l'absence d'un de ces éléments, du moment que la désignation du débiteur est telle qu'il ne puisse y avoir d'erreur.

3° « La date et la nature du titre. » Cette indication a pour but de faire connaître la cause de l'hypothèque, si elle est légale, judiciaire, conventionnelle. Le titre exigé est le titre constitutif lui-même, ainsi un cessionnaire n'a pas besoin de relater l'acte de cession. L'utilité de la mention de la date du titre et de sa nature est double. La date permet d'apprécier la capacité juridique au moment du contrat. L'indication de la nature renseigne sur l'étendue du droit hypothécaire, s'il est par exemple général comme résultant d'un jugement.

4° « Le montant du capital des créances exprimées dans le titre, ou évaluées par l'inscrivant, pour les rentes et prestations, ou pour les droits éventuels, conditionnels ou indéterminés, dans les cas où cette évaluation est ordonnée : comme aussi le montant des accessoires de ces capitaux et l'époque de l'exigibilité. » C'est la spécialisation de l'inscription quant à la créance, la sauvegarde du droit des débiteurs et de l'intérêt des tiers. Rien n'est plus important que de connaître exactement pour quelle somme un immeu-

(1) Cassation, 27 mai 1816; Sirey, 16, 1, 265.

ble est déjà engagé et de combien sa valeur est diminuée. La spécialisation de l'inscription peut seule remplir ce but. La loi exige trois éléments : le montant de la créance en principal, le montant des accessoires et l'époque de l'exigibilité.

A. L'indication du principal de la créance est facile, si le capital est liquidé dans le titre, on indiquera purement et simplement le chiffre. Si le capital n'est pas fixé, la créance étant indéterminée ou conditionnelle, il faut procéder à une évaluation. Pour les créances conditionnelles il se peut qu'il n'y ait pas d'évaluation à faire, le montant pouvant être fixé, il suffira de mentionner le chiffre avec la condition. S'il s'agit d'une créance indéterminée, d'une obligation de faire ou de ne pas faire, l'évaluation sera nécessaire. S'agit-il d'une rente perpétuelle ou viagère, en argent, il faut indiquer le capital de la créance (1), il a été toutefois soutenu (2) qu'il suffisait de mentionner le taux de la rente et le montant des arrérages. Il nous semble que cette opinion doit être rejetée, au moins lorsqu'il s'agit d'une rente viagère. Ces indications permettent d'établir le capital d'une rente perpétuelle, mais il en est autrement en ce qui concerne les rentes viagères, et le créancier devra évaluer le capital nécessaire au service de la rente pendant toute la vie du crédi rentier.

L'évaluation du capital de la créance est prescrite dans les cas où la loi l'ordonne. Quels sont ces cas ? S'il s'agit d'hypothèques conventionnelles, l'art. 2132 l'exige expressément ; pas de difficulté non plus s'il s'agit d'hypothèques légales, la loi les en dispensant formellement (art. 2153, 3°), mais que décider si les droits à évaluer résultent d'un jugement et sont garantis par une hypothèque judiciaire ? Une juris-

(1) Aubry et Rau, t. III, § 274, note 3.

(2) Persil, art. 2148, § 4, n° 4 ; Pont., n° 990.

prudence constante (1) refuse de soumettre ces hypothèques à la règle de l'article 2148, 4° par ce motif que la loi ne dit rien des hypothèques judiciaires et que l'évaluation n'est nécessaire que dans les cas où la loi l'exige.

Cette opinion semble conforme au sens apparent des textes, néanmoins nous n'hésitons pas avec la majorité des auteurs (2) à la repousser. La détermination dans l'inscription du montant de la créance garantie est un élément nécessaire à la réalisation de la publicité. L'art. 2148 pose à cet égard une règle générale s'appliquant aux inscriptions de toutes les hypothèques. Si la loi a cru devoir apporter exception à cette règle, elle l'a fait dans des termes formels (art. 2153, 3°); dans ce cas l'exception avait pour motif la faveur due aux hypothèques légales. Mais certes les hypothèques judiciaires n'ont pas plus de titre à une protection que les hypothèques conventionnelles et les règles édictées pour celles-ci en vue de renseigner les tiers, doivent s'appliquer à celles-là. L'opinion contraire fait de l'article 2148 non pas la règle mais l'exception, en outre elle rend inutile la disposition finale du 3° de l'article 2153, car si l'évaluation n'est nécessaire qu'au cas d'une hypothèque conventionnelle, à quoi bon dire qu'elle ne l'est pas au cas d'une hypothèque légale? cela résulterait suffisamment de l'art. 2148, si celui-ci n'imposait l'obligation d'une évaluation que pour l'inscription des hypothèques conventionnelles.

B. L'énonciation des accessoires de la créance présente aussi un grand intérêt pour les tiers, car ils diminuent d'autant la valeur de l'immeuble hypothéqué. Les accessoires dont l'article 2148 exige l'indication, sont : les intérêts de la créance, ceux échus bien

(1) Rouen, 8 fév. 1851; Sirey, 51, 2, 715; en ce sens, Troplong, III, 684.

(2) Aubry et Rau, III, § 274, note 7; Pont., n° 989.

entendu, puisque l'article 2151 règle la situation de ceux qui écherront à l'avenir; les frais faits par le créancier pour l'obtention et l'enregistrement de son titre, et ceux de l'inscription dont il doit faire l'avance aux termes de l'article 2155. Il n'a pas besoin de mentionner les frais faits pour arriver à la réalisation du gage, car ils sont privilégiés (art. 2101, 1^o).

C. L'exigibilité de la créance était une mention plus nécessaire sous la loi de Brumaire qu'elle ne l'est sous le Code civil. En effet, l'article 15 de cette loi donnait à l'acquéreur et à l'adjudicataire les mêmes termes et délais qu'avaient les précédents propriétaires pour acquitter les charges et dettes hypothécaires inscrites. Aujourd'hui il n'en est plus de même, l'acquéreur qui veut purger doit aux termes de l'article 2184 se déclarer prêt à acquitter de suite les dettes et charges hypothécaires, peu importe donc qu'elles soient exigibles ou non. De même le prêteur sur hypothèque n'a pas besoin de connaître l'époque de l'exigibilité. La seule utilité de cette mention peut être de préciser avec toute l'exactitude possible la situation de l'immeuble, d'indiquer au créancier si les créances préexistantes peuvent bénéficier de l'adage *minus solvit qui tardius solvit*.

5^o « L'indication de l'espèce et de la situation des biens sur lesquels il entend conserver son privilège ou son hypothèque. » C'est la spécialisation de l'inscription quant au bien frappé par l'hypothèque. C'est le moyen d'assurer une base nécessaire du régime hypothécaire, la spécialité de l'hypothèque. Cette règle de la spécialité de l'inscription a été prescrite dans un but d'intérêt général et afin de réserver aux débiteurs, malgré les exigences de leurs créanciers, le reste de crédit que leur situation peut comporter. Mais comme notre loi hypothécaire n'a pas cru devoir

faire de ce principe une application absolument générale, il est des cas où, par la nature même des choses, cette indication n'est pas requise. L'art. 2148, 5° dispose que « cette mention n'est pas requise dans le cas des hypothèques légales ou judiciaires. » Toutefois les hypothèques légales spécialisées (art. 2140 à 2145), les hypothèques judiciaires réduites (art. 2161-2165) tombent sous l'application de la règle de l'art. 2148, 5°.

La loi exige l'indication « de l'espèce et de la situation » des biens. Ces termes exigent que le requérant fasse connaître quelle est la nature du bien (pré, maison, terre), sa superficie, il faut d'autre part indiquer le canton, la commune, et pour bien préciser la situation, les tenants et les aboutissants. Chaque immeuble doit donc être désigné individuellement dans l'inscription par des indications suffisantes pour le distinguer de tout autre immeuble. Ainsi le vœu de la loi n'est pas rempli quand l'inscription ne contient qu'une désignation générique de plusieurs immeubles dont le nombre n'est pas déterminé, comme par exemple si l'inscription est prise sur tous les biens que le débiteur possède dans tel canton, ou dans le terroir de telle commune. L'inscription ne peut être spéciale si elle ne désigne *in specie* chaque objet hypothéqué.

SANCTION DES FORMALITÉS PRESCRITES PAR L'ARTICLE 2148.—L'art. 2148 détermine les indications que doit contenir l'inscription, mais il ne prononce pas la peine de la nullité au cas d'omission. Cependant il est impossible de penser que toutes ces indications puissent être omises impunément, et d'autre part il y aurait une sévérité excessive à prononcer la nullité de l'inscription, toute les fois que l'une quelconque des indications viendrait à être omise. Quelle est la sanction attachée par la loi à chacune des formalités indiquées

par l'art. 2148? telle est la question que la lettre de la loi ne permet pas de résoudre et qui divise aujourd'hui encore la doctrine et la jurisprudence, au point de faire désirer l'intervention du législateur.

Dans les premières années de l'application du Code civil la jurisprudence se montra d'une sévérité excessive. « L'esprit de la loi est dans sa lettre », tel fut le principe qui inspira les arrêts déclarant toutes les énonciations prescrites par l'art. 2148 ainsi que tous leurs éléments sans aucune exception indispensables à la validité de l'inscription(1). Une telle jurisprudence ne laissa pas que de soulever de vives protestations dont les membres du ministère public à la Cour de cassation se firent les organes. Cette opposition donna naissance à une autre théorie formulant une sage distinction entre les formalités substantielles et celles que l'on peut considérer comme d'un ordre secondaire : les premières sont indispensables pour la validité de l'inscription et leur omission est toujours quelque puissent être les circonstances du fait, une cause de nullité : l'omission de l'une des secondes n'entraîne pas au contraire la nullité. La grande difficulté de cette théorie consiste à préciser les indications que l'on doit tenir pour substantielles et celles qui ne sont que secondaires.

L'inscription étant destinée à rendre publique l'hypothèque, doit se composer de l'indication des éléments constitutifs de toute hypothèque ; or l'hypothèque ne pouvant être que l'accessoire d'une créance et consistant dans l'affectation d'un immeuble à la garantie d'une créance, il faut pour déterminer ses éléments constitutifs prendre d'abord ceux de la créance ; un débiteur, un créancier, une chose due et en ajouter un quatrième la chose hypothéquée. On

(1) Cass., 8 septembre 1807; Dalloz, *Hypoth.*, p. 442; Bruxelles, 16 avril 1808; Dalloz, p. 260.

pourrait donc considérer comme formalités substantielles la désignation de la créance, celle des immeubles hypothéqués, celle de la personne du débiteur, et enfin celle de la personne du créancier. Tous les auteurs admettent sans difficulté que les trois premières énonciations sont substantielles, mais pour la quatrième, il y a doute.

La majorité des auteurs ne voyant dans la désignation du créancier qu'une indication dans son intérêt en vue des significations à lui faire ne la regardent pas comme substantielle. En effet, cette énonciation n'est pas absolument nécessaire à la réalisation de la publicité. Les tiers ne sont pas intéressés à connaître quel est le créancier hypothécaire, du moment que l'inscription leur indique que l'immeuble est grevé d'hypothèque et quelle est la valeur de cette affectation, la connaissance qu'ils auraient du nom du créancier ne leur apprendrait rien de plus que ce qu'ils ont intérêt à savoir. La désignation du créancier n'est donc pas indispensable dans l'inscription (1). L'élection de domicile du créancier est considérée comme une formalité substantielle par la Cour de cassation et par certains auteurs (2), qui annulent l'inscription ne la contenant pas.

Quant à l'indication de la date et de la nature du titre et celle de l'époque de l'exigibilité, on peut les considérer comme n'étant pas formalités substantielles de l'inscription. Toutefois de nombreuses contradictions se rencontrent parmi les auteurs et dans la jurisprudence au sujet de ces indications et l'omission absolue de la date et de la nature du titre paraît, dans certains cas, devoir entraîner la nul-

(1) Pont. — *Privilèges et hypothèques*, p. 338. — Aubry et Rau. t. III, § 276, texte et note 20.

(2) Aubry et Rau, t. III, § 276.

lité de l'inscription. Enfin quant à l'époque de l'exigibilité, son peu d'utilité pour les tiers semble bien justifier son classement dans la catégorie des formalités non substantielles, mais la question se complique d'une loi du 4 septembre 1807. La Cour de cassation annulant à cette époque toutes les inscriptions ne portant pas la mention de l'exigibilité, et la pratique omettant cette formalité, il en résulta une grave perturbation dans le fonctionnement du crédit hypothécaire. La loi du 9 septembre 1807 donna six mois pour rectifier les inscriptions ainsi viciées, mais elle ne rendit pas leur force aux inscriptions annulées par des jugements passés en force de chose jugée. L'adhésion de la loi à la sévérité de la jurisprudence décide la plupart des auteurs à classer l'exigibilité parmi les formes substantielles.

Pour compléter l'exposé de cette doctrine de la distinction des formalités substantielles et de celles qui ne le sont pas il faut remarquer que les indications principales se composent de diverses indications secondaires : ainsi le créancier et le débiteur sont désignés par leurs noms, prénoms, professions et domiciles. La jurisprudence a établi avec raison qu'il n'est pas de rigueur de donner tous ces détails ; le vœu de la loi est que le créancier et le débiteur soient désignés spécialement de manière à éviter toute confusion. Il suffit donc que la désignation soit telle qu'il ne puisse y avoir équivoque ou confusion. C'est la généralisation du système des équipollents, expressément autorisé par la loi en ce qui concerne la désignation du débiteur.

Les difficultés que soulève l'application du principe que nous venons d'exposer semble à certains auteurs livrer à l'arbitraire le sort des inscriptions et les droits des créanciers, aussi proposent-ils un autre criterium pour discerner les énonciations exi-

gées à peine de nullité de celles qui ne sont qu'utiles. Leur principe est le suivant : « il n'y a de nullité qu'autant qu'il y a de préjudice (1). » Si on examine en effet le but de l'inscription, on voit qu'il est de fournir aux tiers les renseignements nécessaires à la sauvegarde de leurs intérêts. Pour atteindre ce but, la loi prend la peine d'indiquer certaines énonciations, mais elle n'y attache aucune sanction, parce qu'elle ne s'inquiète pas des moyens, mais seulement de la fin. Tout se résumera donc en une question de fait. Les juges auront à se demander : le vice de l'inscription cause-t-il ou non un préjudice aux tiers, et l'inscription ne sera annulée que si la réponse est affirmative.

B. — FORMALITÉS EXTRINSÈQUES. — Les parties ayant remis au conservateur des hypothèques le titre sur le fondement duquel elles réclament l'inscription et les deux bordereaux exigés par l'art. 2148, ce fonctionnaire doit procéder à l'inscription. Son devoir est de le faire de suite, et il n'a pas à examiner la validité du titre présenté par le requérant, ni l'exactitude des bordereaux. Le conservateur des hypothèques n'est qu'un fonctionnaire de l'ordre administratif qui doit purement et simplement déférer à la demande des parties, sans examiner l'opportunité ou la validité de la demande, il n'a pas le caractère d'un juge. Il en est différemment en Prusse comme nous le verrons dans la seconde partie de ce travail. Une fois donc que le conservateur est en possession des pièces exigées par l'article 2148, son seul devoir est d'inscrire l'hypothèque sur ses registres.

Voyons quels sont les registres tenus dans une conservation d'hypothèques et le mécanisme de la réalisation matérielle de l'inscription.

(1) Troplong, III, n° 665 ; Pont., n° 959.

Le conservateur des hypothèques doit tenir trois registres : le registre d'ordre ou de dépôt, le répertoire, le registre des formalités.

1° Le registre d'ordre ou de dépôt (art. 2200) est destiné à recevoir la mention jour par jour et par ordre numérique des remises des pièces en vue de l'inscription. Ce registre est divisé en colonnes et cases, contenant les énonciations nécessaires à la constatation du dépôt : numéro d'ordre, date du dépôt, nombre des pièces remises, nature de l'acte, nom du notaire, montant de la créance, et enfin numéro d'ordre donné à l'inscription sur le registre des inscriptions. Pour éviter la perte de ce registre, la loi du 5 janvier 1875 exige sa tenue en double et prescrit que l'un des doubles sera déposé dans les trente jours qui suivront sa clôture au greffe du tribunal civil d'un arrondissement autre que celui où réside le conservateur. Le registre d'ordre ou de dépôt rédigé sur papier timbré, coté et paraphé par un juge du tribunal, est le livre-journal de la conservation ; au fur et à mesure qu'une demande d'inscription est remise au conservateur, elle est inscrite, et cette mention fixe sa date et son rang. Il doit être une table des matières exacte du registre des inscriptions.

2° Le répertoire prescrit par la loi du 21 Ventôse an VII, article 18 est destiné à recevoir par extrait, au fur et à mesure des actes, au nom de chaque grévé et dans la case à ce destinée, les inscriptions à sa charge, les transcriptions, les radiations et les autres actes qui le concernent, ainsi que l'indication des registres où chacun de ces actes est porté et les numéros sous lesquels ils y sont consignés. Le répertoire tenu sur papier libre est divisé en cases portant chacune le nom d'un individu écrit en haut. La page de gauche mentionne les mutations et saisies immobilières, celle de droite les inscriptions, les renouvellements. Ce

registre est destiné à donner au conservateur les indications nécessaires pour fournir les renseignements demandés. Quand une personne désire connaître l'état des inscriptions grévant un immeuble, elle doit indiquer au conservateur le nom du propriétaire actuel et celui des propriétaires antérieurs. Le conservateur trouve alors dans les cases du répertoire affectées à ces divers individus les inscriptions dont ils ont grevé l'immeuble. Pour faciliter les recherches, il y a une table alphabétique du répertoire.

3° Le registre des inscriptions est celui sur lequel s'effectue la copie des bordereaux qui constitue l'inscription elle-même. Ce registre est tenu sur papier timbré, coté et paraphé par un juge, il est clôturé chaque jour par la mention « arrêté » et la date (art. 2201).

Ces divers registres de la conservation des hypothèques étant connus, voyons les formalités à remplir par le conservateur des hypothèques pour opérer l'inscription. Le requérant ayant fourni les pièces au bureau, le conservateur doit de suite inscrire sur le registre de dépôt la remise des titres dans l'ordre des présentations. Pour constater ce dépôt, le requérant doit recevoir (art. 2,200) une reconnaissance sur papier timbré, qui rappellera le numéro du registre sur lequel la remise aura été inscrite. La demande une fois portée au registre de dépôt est désormais classée, et le conservateur doit procéder à l'inscription sur le registre des inscriptions; mais auparavant il doit la mentionner au répertoire dans la case portant le nom du grevé. Cette formalité accomplie, il n'y a plus qu'à copier les bordereaux sur le registre des inscriptions (art. 2150). Cette copie constitue véritablement l'inscription, et comme nous l'avons vu plus haut, le conservateur n'a pas le droit de se refuser à faire l'inscription. Quand le conservateur a fait mention sur son registre du contenu des bordereaux, il remet au re-

quérant, tant le titre ou l'expédition du titre que l'un des bordereaux au pied duquel il certifie avoir fait l'inscription (art. 2150). Sur ce bordereau, le conservateur indique la date de l'inscription et le numéro du registre sur lequel elle est opérée.

Telles sont les formalités extérieures de la réalisation de la publicité. Il peut se faire que l'inscription ainsi prise soit irrégulière; voyons rapidement les moyens de remédier à cet inconvénient. Si l'irrégularité provient de l'inexactitude des bordereaux présentés au conservateur, celui-ci ne peut d'office les rectifier, car il n'est pas juge de leur validité. L'inscription ne sera rectifiée que sur la présentation par l'intéressé de nouveaux bordereaux exacts accompagnant une nouvelle réquisition. Si au contraire l'irrégularité provient d'une transcription inexacte sur le registre des bordereaux régulièrement établis, le conservateur peut d'office la rectifier et en prendre une autre sur le registre.

Enfin pour en terminer complètement avec l'inscription, nous devons indiquer que les frais d'inscription sont en définitive supportés par le débiteur, mais que l'avance doit en être faite par l'inscrivant (art. 2155), sauf pour inscription des hypothèques légales. Ces frais comprennent : 1° Les frais de rédaction des bordereaux. 2° le prix du timbre des bordereaux, bulletin, dépôt, registre des inscriptions, 3° le salaire du conservateur, 4° un droit proportionnel de un franc par mille plus les décimes.

§ III. — Publicité des registres

C'est dans l'intérêt des tiers que la publicité a été organisée, il est donc hors de doute qu'ils doivent avoir facilité pour consulter les registres, organes de la publicité. Toute personne qui veut traiter avec un pro-

priétaire doit s'assurer au préalable, si celui avec qui elle traite est propriétaire de l'immeuble qu'il veut vendre ou hypothéquer, et quelles sont les charges qui grèvent déjà cet immeuble. C'est dans les registres de la conservation des hypothèques que les intéressés trouveront ces renseignements. Mais il est évident qu'on ne peut permettre au premier venu de faire lui-même ses recherches dans les registres, sous peine de voir ceux-ci rapidement détruits ; il est un intermédiaire tout indiqué : le conservateur, c'est à lui que devront être adressées les demandes de renseignements, et c'est lui qui fournira aux intéressés toutes les indications nécessaires (art. 2196).

Tout le monde peut adresser au conservateur une demande en réquisition de l'état des inscriptions affectant tel propriétaire ou tel immeuble, et cela sans justifier d'un intérêt légal. La loi ne prescrit aucune formalité pour les réquisitions, mais l'usage est de les rédiger par écrit pour couvrir la responsabilité du conservateur. Si le requérant ne sait pas écrire, le conservateur mentionne sa demande verbale en tête de l'état délivré.

Sur la réquisition des intéressés, le conservateur doit délivrer un état des inscriptions portées sur des registres au nom qui lui est indiqué. Cet état doit être rédigé par écrit, et limité aux termes précis des réquisitions. S'il n'y a pas d'inscription au nom indiqué, le conservateur délivre un certificat le constatant. Aux termes de l'article 2197, le conservateur est responsable des erreurs qu'il commet dans la délivrance des états d'inscription. Ainsi sa responsabilité est engagée, s'il cause un dommage au débiteur, en comprenant dans l'état délivré au requérant des inscriptions éteintes ou inexistantes, ou s'il lèse le créancier en ne signalant pas toutes les charges grévant l'immeuble, à moins, dit l'article 2197 2°, que l'erreur ne provienne

de désignations insuffisantes qui ne pourraient lui être imputées.

SECTION III. — Effets de la publicité

L'inscription faisant produire à l'hypothèque les effets pratiques qui sont la fin de celle-ci, étudier les effets de l'inscription serait étudier toute la théorie de l'hypothèque. Le droit de préférence et le droit de suite n'existant d'une manière efficace à l'égard des tiers que par l'inscription, elle est la cause indirecte de tous les effets de l'hypothèque elle-même. Nous nous bornerons donc à étudier les effets directs et immédiats de l'inscription qui sont :

1° La réalisation définitive de l'hypothèque vis-à-vis des tiers ; 2° la fixation de son rang ; 3° la conservation des intérêts de la créance pendant un certain temps ; 4° la conservation du rang de collocation pendant dix ans.

1° Réalisation définitive de l'hypothèque vis-à-vis des tiers.

Nous avons déjà dit que l'inscription de l'hypothèque était une formalité indépendante de la constitution, et que l'existence même de l'hypothèque ne dépendait pas de l'inscription (1). Mais vis-à-vis des tiers, l'inscription vivifie l'hypothèque régulièrement consentie et permet de la leur opposer. Vis-à-vis du débiteur lui-même et de ses ayants-cause à titre universel, l'hypothèque valablement consentie peut être opposée avant toute inscription. Il n'est, en effet, pas nécessaire de la porter à la connaissance d'individus qui ne peuvent l'ignorer. De là il résulte que si le propriétaire

(1) Nous verrons qu'il en est différemment dans la législation prussienne (art. 18 de la loi du 5 mai 1872 sur l'acquisition de la propriété).

d'un immeuble grevé d'hypothèques vend cet immeuble et obtient de l'acquéreur une hypothèque dont il prend inscription, il n'est pas fondé à opposer à son créancier le non renouvellement de l'inscription de celui-ci, pour en faire résulter la priorité de sa propre hypothèque (1).

On le voit donc, à l'égard du débiteur, l'inscription n'est pas nécessaire pour qu'on puisse la lui opposer; mais vis-à-vis des tiers, il en est tout autrement, et c'est l'inscription seule qui permet de leur opposer l'hypothèque. Quel que soit le moyen dont les tiers aient eu connaissance de l'hypothèque, ils sont toujours fondés à opposer le défaut de publicité si l'hypothèque n'a pas été inscrite.

Les tiers sont : 1° les ayants-cause à titre particulier du concédant de l'hypothèque, 2° les créanciers, même purement chirographaires. L'inscription permet au créancier hypothécaire de se prévaloir de son droit de suite vis-à-vis des premiers (art. 2166) : « les créanciers ayant hypothèque inscrite sur un immeuble, le suivent en quelques mains qu'il passe, » et vis-à-vis des seconds il peut invoquer le droit de préférence, qui s'exerce sur le prix de l'immeuble et consiste dans la faculté de se faire colloquer dans l'ordre. A quel rang ? c'est ce qu'indique le deuxième effet de l'inscription.

2°. — Fixation du rang

L'article 2134 décide que la date de l'inscription fixe le rang de l'hypothèque. La règle de l'article 2134 s'applique à toutes les hypothèques, mais parmi les hypothèques légales, celles des femmes, des mineurs et des

(1) Cass., 24 juillet 1855, D., 55, 1, 396.

interdits constituent nécessairement une exception à la règle. La loi fixe elle-même dans ces cas le rang de l'hypothèque. Cette détermination du rang de l'hypothèque soulève des questions importantes, mais leur examen sortirait des limites de notre sujet.

En ce qui concerne plus spécialement l'effet de l'inscription, on se demande, si au cas d'une hypothèque portant sur des biens présents et à venir et soumise à la publicité, les biens acquis postérieurement à l'inscription sont frappés de l'hypothèque, au même rang que les biens possédés au jour de l'inscription ? La question était déjà discutée en droit romain. Si l'on suppose plusieurs hypothèques générales inscrites avant le jour où les biens entrent dans le patrimoine du débiteur, doivent-elles venir en concours, ou la date de l'inscription fixe-t-elle le rang pour les biens à venir, comme elle le fait pour les biens présents ? Pothier (1) admettait cette dernière solution, et décidait que les créanciers viendraient non pas concurremment, mais suivant la date des titres. Cette doctrine de la préférence est aujourd'hui généralement admise (2). L'hypothèque générale, en tant qu'elle frappe les biens à venir, est considérée comme soumise à cette condition « si le bien est acquis » et l'immeuble en entrant dans le patrimoine du débiteur se trouve frappé rétroactivement de l'hypothèque à la date de l'inscription.

Il en serait différemment de l'hypothèque des biens à venir, prévue par l'article 2130. La loi exige de prendre une nouvelle inscription au fur et à mesure des acquisitions, et le rang sera déterminé par la date de l'inscription.

Enfin, aux termes de l'article 2147, tous les créanciers inscrits le même jour exercent en concurrence

(1) *Traité de l'hypothèque*, n° 54.

(2) Voy. Aubry et Rau, III, § 291, note 2; Pont., n° 599 et 732.

une hypothèque de la même date, sans distinction entre l'inscription du matin et celle du soir, quand même cette différence serait marquée par le conservateur.

3^e Conservation des intérêts de la créance pendant un certain temps

Nous avons vu en nous occupant de l'inscription elle-même que les intérêts échus figuraient parmi les accessoires de la créance, et devaient, pour être conservés par l'inscription, y être mentionnés. Ce n'est donc pas de ces intérêts échus dont nous avons à nous occuper ici, mais des intérêts à écheoir que vise l'article 2151.

Dans l'ancien droit, les intérêts étaient garantis au même rang que le capital, et cela sans limitation de durée. Les hypothèques étant occultes à cette époque, cette décision n'avait rien d'exorbitant, mais du moment que les hypothèques sont soumises à la publicité, il faut répudier cette solution et décider en bonne logique qu'aucun intérêt ne peut être sauvegardé, s'il n'est pris une inscription spéciale. Pourquoi, en effet, consacrer le système de clandestinité pour les intérêts, si l'on exige la publicité pour le capital (1).

La loi du 9 Messidor an III (art. 14) conservait aux intérêts le même rang qu'au capital pendant une année et le terme courant. La loi du 11 Brumaire an VII garantissait deux années. Le Code a combiné les deux systèmes dans le but d'assurer les droits des créanciers inscrits et de faciliter les moyens de calculer exactement les sommes garanties par les hypothèques inscrites.

(1) C'est cette solution qu'a adoptée la loi prussienne du 5 mai 1872 sur l'acquisition de la propriété, art. 30.

L'article 2151 dispose : « Le créancier inscrit pour un capital produisant intérêt ou arrérage, a le droit d'être colloqué pour deux années seulement et pour l'année courante, au même rang d'hypothèque que pour son capital ; sans préjudice des inscriptions particulières à prendre portant hypothèque à compter de leur date pour les arrérages autres que ceux conservés par la première inscription. »

Aujourd'hui donc, l'inscription du capital garantit au créancier sa collocation au même rang pour deux années d'intérêts et l'année courante. Tous les intérêts autres doivent, pour être garantis, faire l'objet d'inscriptions spéciales.

L'article 2151 suscite diverses questions. Et d'abord quelles sont les deux années échues ? Sont-ce les deux années qui suivent immédiatement celle de l'inscription, ou deux années quelconques, peu importe que ce soient les premières ou les dernières ? La question a cette importance que si le créancier a été payé des intérêts pendant les deux premières années de l'inscription, il est dépouillé du bénéfice de la loi, si l'on admet qu'il s'agit des deux années suivant immédiatement l'inscription ; tandis qu'il peut se prévaloir de la disposition de l'article 2151, si l'on décide qu'il s'agit de deux années quelconques. La Cour de cassation a décidé que c'était cette seconde interprétation qui devait être admise (1), par ces motifs que la loi restreignant à deux années le temps pendant lequel les intérêts sont conservés, n'a pas déterminé le point de départ de ces deux années. Les deux années garanties ne sont pas nécessairement celles qui suivent l'inscription, ce sont deux années quelconques dont les intérêts restent dûs.

La détermination de l'année courante a soulevé

(1) Cassation, 27 mai 1816 ; Sirey, 16, 1, 250.

aussi des controverses. D'abord, il est aujourd'hui universellement admis qu'il ne s'agit pas d'une année complète, laquelle ajoutée aux deux années ci-dessus indiquées, étendrait à trois ans la protection de la loi (1), il s'agit seulement de la partie de l'année en cours au moment où le créancier veut se prévaloir de son droit. Mais quand il faut déterminer l'étendue exacte de cette partie d'année, les auteurs ne sont plus d'accord.

Pour les uns, l'année courante est celle qui s'étend du dernier anniversaire de l'inscription au jour de la collocation (2). En effet, l'art. 2151 dit expressément « que le créancier sera colloqué pour deux années et l'année courante » la combinaison des termes de la loi indique que dans la pensée du législateur, l'année courante dont il parle est celle en cours à l'époque de la collocation. En outre, le but de l'article 2151 est de protéger les tiers en limitant la durée des intérêts garantis par l'inscription, ce motif de protection des tiers dure jusqu'au moment où le créancier agit pour l'exercice de son droit hypothécaire, et comme c'est la production à l'ordre ou la demande en collocation qui constitue l'exercice du droit hypothécaire, c'est cette production ou cette demande qui est la limite des effets de l'article 2151.

Pour d'autres auteurs l'année courante va jusqu'au jugement d'adjudication pour l'expropriation forcée, et à la notification à fin de purge pour l'aliénation volontaire ; en effet, les intérêts sont garantis par l'inscription et c'est à ces deux époques que se produit l'effet légal de l'inscription. C'est à ces époques que sont fixés les droits des créanciers qui passent de la

(1) L'art. 87 de la loi belge du 16 déc. 1851 décide que le créancier peut se faire colloquer pour trois années d'intérêt au même rang que le capital.

(2) Pont, n^{os} 1019 et 1020.

chose sur le prix, l'ordre en produisant qu'un effet déclaratif à ce moment. Et cette fixation se produit aussi bien pour les intérêts que pour le capital (1). Un certain temps pouvant s'écouler entre le moment où s'arrête le calcul des intérêts de l'année courante et la clôture de l'ordre, les partisans de l'un et l'autre système sont d'accord pour décider que les intérêts échus depuis lors et dûs jusqu'à la clôture de l'ordre, sont conservés au rang de l'hypothèque. Ce n'est pas la faute du créancier s'il ne reçoit pas de suite son paiement, il a fait ce qu'il devait et les intérêts lui sont alloués au rang du capital, par application des principes. (Comparez articles 757, 767, 770, C. de proc. civile). Mais après la clôture de l'ordre, les droits sont irrévocablement arrêtés en intérêts, aussi bien qu'en capital.

L'article 2151 garantit donc un certain nombre d'années d'intérêts, pour les autres il est loisible au créancier de leur donner la sûreté de l'hypothèque, en les garantissant par des inscriptions prises au fur et à mesure de leur échéance. En effet, les intérêts étant l'accessoire du capital constituent une créance hypothécaire, mais l'inscription primitive ne les conservant pas, ils ont besoin d'inscriptions spéciales.

4^e Conservation du rang de collocation pendant dix ans.

L'article 2154 décide que l'inscription conserve l'hypothèque pendant dix ans, à compter du jour de sa date, mais qu'avant l'expiration de ce délai, le créancier doit renouveler son inscription, sous peine de voir cesser l'effet de son hypothèque. Quels sont les motifs et l'utilité de ce renouvellement? quelle est l'étendue de cette obligation? comment s'effectue le renouvellement et quels en sont les effets? voilà les points que nous allons successivement examiner.

(1) Aubry et Rau, III, § 285, n° 22.

A. QUELS SONT LES MOTIFS ET L'UTILITÉ DU RENOUVELLEMENT ?

En pure théorie, il est difficile de justifier le renouvellement de l'inscription, et ce sont des considérations pratiques qui ont dirigé les législateurs de l'an VII dans la prescription du renouvellement décennal. Leur but fut la simplification de la tenue des registres et du travail des conservateurs. Le Code civil reproduisit la disposition de la loi de l'an VII, et encourut sur ce point de vives critiques. On prétendit que cette disposition de la loi n'aurait d'autre résultat que d'empêcher les capitalistes de contracter des prêts à longue échéance, bien plus favorables aux emprunteurs que les prêts à court terme, qu'ainsi on poussait à la ruine des emprunteurs. On s'apitoya, d'autre part, sur le sort des créanciers qu'un retard d'un seul jour exposait à perdre une hypothèque légitimement acquise. Ces raisons décidèrent certaines Cours à conclure en faveur de la suppression de l'article 2154 dans l'enquête de 1841. Bien qu'on puisse convenir que ces raisons invoquées ont un certain poids, il nous semble qu'on peut au point de vue pratique invoquer des arguments non moins sérieux. Si l'inscription devait conserver l'hypothèque tout le temps que durera la créance qu'elle garantit, il pourrait se faire que par suite de suspensions répétées de prescription, elle ait une durée presque indéfinie. Le conservateur serait dans ce cas obligé de compulser une masse énorme de registres pour délivrer des états d'inscription exacts. Avec la nécessité du renouvellement, au contraire, son travail est simplifié : il n'a qu'à extraire ses états des registres contenant les inscriptions des dix dernières années.

D'autre part la perpétuité des inscriptions pourrait être très défavorable au crédit immobilier. Souvent

des inscriptions de créances éteintes continueraient à subsister sur les registres, le conservateur les porterait nécessairement sur les états qui lui seraient demandés et le crédit des immeubles s'en trouverait diminué d'autant.

Souvent du reste aujourd'hui, on laisse périmer les inscriptions au lieu de les radier après l'extinction de la créance. Ce procédé a l'avantage de n'entraîner aucune formalité et aucuns frais. On voit par ces considérations que le renouvellement des inscriptions simplifie les opérations des conservateurs et leur épargne de nombreuses chances d'erreurs et que l'on peut conclure que les auteurs de la loi de Brumaire et du Code civil ont bien fait d'admettre la loi du renouvellement (1).

B. — QUELLE EST L'ÉTENDUE DE L'OBLIGATION DE RENOUVELLEMENT.

D'abord quelles hypothèques y sont soumises ? Les termes de l'article 2154 sont généraux, les hypothèques conventionnelles, les hypothèques judiciaires et les hypothèques légales soumises à l'inscription (2) sont toutes sans exceptions assujetties à la règle du renouvellement. Quant aux hypothèques légales des femmes, des mineurs, des interdits, puisqu'une inscription n'est pas nécessaire pour leur existence, il est évident que l'on ne peut invoquer contre elles le défaut de renouvellement. Toutefois, si elles ont été inscrites conformément à l'article 2136, l'avis du Conseil d'Etat du 22 janvier 1808 décide qu'elles doivent être renouvelées par les maris et tuteurs, sous les peines portées à l'article 2136.

(1) L'art. 90 de la loi belge du 16 déc. 1851, porte le délai à 15 ans.

(2) Avis du Conseil d'Etat, du 22 janv. 1808; Locré, t. XVI, p. 464.

Comment se calcule le délai de 10 ans ? Les auteurs sont en désaccord sur la façon de faire ce calcul. Pour les uns, les dix ans ne comprennent ni le jour de l'inscription (*dies a quo*) ; ni le jour de l'expiration du délai (*dies ad quem*). Pour les autres ils comprennent à la fois le *dies a quo* et le *dies ad quem*, c'est l'opinion la plus dure pour le créancier. Généralement on décide que le *dies a quo* n'est pas compris dans le délai, mais que le *dies ad quem* y rentre. C'est l'application de la règle ordinaire *dies termini non computatur in termino* (1).

Jusqu'à quel moment peut se faire utilement le renouvellement ? Le but de l'hypothèque, et partant de l'inscription, étant de faire obtenir au créancier son paiement, il est évident que du moment où il est payé, il n'a pas à renouveler son inscription. Mais est-il toujours utile de le faire jusqu'au moment du paiement ? Tant que l'immeuble demeure aux mains du débiteur, le renouvellement doit être fait, quels que soient les changements intervenus dans la condition du propriétaire. Ainsi par exemple après la faillite, le créancier peut renouveler son inscription, et l'article 448 du Code de Commerce ne s'y oppose pas, car un concert frauduleux n'est pas à craindre entre le failli et le créancier.

Si l'immeuble n'est plus entre les mains du débiteur, la question est beaucoup plus délicate, il arrive un moment où l'hypothèque a produit son effet légal sans que le paiement ait eu lieu. La grande difficulté est de déterminer exactement ce moment. Pour la solution de cette question nous devons examiner successivement les cas d'expropriation forcée, de vente volontaire et d'expropriation pour cause d'utilité publique.

(1) Pont, n° 1039; Aubry et Rau, III, § 280, 3°.

a. — EXPROPRIATION FORCÉE. — Les opinions les plus diverses se sont produites à ce sujet et presque toutes les phases de la saisie immobilière ont été successivement désignées comme faisant produire à l'inscription son effet légal. L'opinion la plus généralement admise est que c'est le jugement d'adjudication qui produit cet effet (1). A partir de ce moment, le droit de chaque créancier se trouve déterminé et transporté sur le prix dont l'adjudicataire devient débiteur personnel. « L'adjudication, comme on l'a fait remarquer exactement (2), constitue entre l'adjudicataire et les créanciers un contrat judiciaire se résumant en une indication virtuelle de paiement en leur faveur et en un engagement tacite de la part de l'adjudicataire de les payer à leur rang jusqu'à concurrence de son prix. »

Cette solution se confirmait encore avant la loi de 1855 de cet argument que le jugement d'adjudication arrêta le cours des inscriptions. Depuis la loi du 23 mars 1855, le jugement n'arrêtant plus par lui seul le cours des inscriptions, et la transcription du jugement étant nécessaire pour produire cet effet, on a voulu soutenir que l'inscription n'aurait produit son effet légal et par conséquent que le renouvellement ne serait plus nécessaire, qu'après la transcription du jugement d'adjudication (3). On ajoutait aussi que jusqu'à la transcription, l'immeuble, à l'égard des tiers, appartient au saisi, par conséquent la nécessité du renouvellement existant tant que l'immeuble est dans le domaine du débiteur, l'obligation de renouvellement subsiste. Nous ne pensons pas que cette opinion doive être adoptée, car par l'effet même du jugement, l'adjudicataire est devenu débiteur du prix, les droits des

(1) Aubry et Rau, t. III, § 280, 2°.

(2) Pont, n° 1056.

(3) Troplong, *De la transcription*, n° 272.

créanciers se sont fixés sur ce prix et ils n'ont plus besoin de conserver leur inscription.

La question se complique de cette circonstance que l'adjudication peut n'être pas définitive. Quelle sera la solution dans le cas où il y aura surenchère ou revente sur folle enchère ? Ici encore le désaccord recommence.

Dans un premier système, on décide que l'effet légal de l'inscription ne se produirait qu'au moment de la seconde adjudication, la première étant disparue et ne pouvant produire d'effets.

Dans un second système, qui nous paraît préférable, l'effet produit par le premier jugement d'adjudication subsiste au profit des créanciers nonobstant la surenchère ou la folle enchère. La situation des créanciers vis-à-vis du premier adjudicataire n'a pu être détruite par la surenchère ou la folle enchère, le contrat judiciaire qui s'est formé subsiste nonobstant la seconde adjudication. Si c'est le premier adjudicataire qui demeure adjudicataire définitif, pas de difficulté : le contrat persiste ; s'il y a un nouvel adjudicataire, il est substitué aux obligations du premier vis-à-vis des créanciers qui ont acquis par le premier jugement d'adjudication un droit certain et déterminé sur le prix (1).

b. VENTE VOLONTAIRE. — Ni la vente elle-même, ni la transcription ne font produire à l'inscription son effet légal. L'immeuble passe entre les mains des acquéreurs grevé des hypothèques, et tant qu'il n'y a pas eu de purge, il est nécessaire de renouveler les inscriptions.

A quel moment de la purge le renouvellement ne sera-t-il plus nécessaire, l'inscription ayant produit son effet légal ? On admet généralement que ce sont

(1) Aubry et Rau, III, § 280 ; 2^e texte et note 15.

les notifications à fin de purge prescrites par l'article 2183, et par lesquelles l'acquéreur se déclare prêt à payer les dettes et charges, qui fixent les droits des créanciers. A partir de ce moment, le renouvellement des inscriptions n'a plus d'utilité, car ces notifications sont la base d'un contrat obligeant l'acquéreur à payer le prix aux créanciers hypothécaires en ordre de le recevoir (1).

Toutefois certains auteurs se refusent à voir à ce moment un véritable contrat, ils prétendent qu'il n'y a que des offres émanant de l'acquéreur et qu'il faut attendre l'acceptation de ces offres par les créanciers. Il faut donc attendre l'expiration du délai de quarante jours accordé par la loi aux créanciers pour surenchérir. A cette date seulement s'il ne s'est pas produit de surenchère, on pourra dire que l'inscription n'est plus utile, mais elle devra avoir duré jusqu'à ce moment. Si au contraire une surenchère se produit dans le délai légal, elle opère résolution de la notification et de l'offre de l'acquéreur; l'inscription ne produit son effet qu'à l'adjudication sur surenchère et jusque là elle doit être conservée sous peine de peremption (2).

Ce système est la conclusion logique du principe qui fait produire à la surenchère un effet résolutoire. Comme nous l'avons dit plus haut à propos de l'expropriation forcée, la surenchère, à notre avis, substitue un nouvel acquéreur au premier et l'offre du prix constituant un droit irrévocable pour les créanciers, l'inscription a produit à ce jour son effet légal, et son renouvellement n'est pas utile. En adoptant cette opinion sur la surenchère, il faut faire produire aux offres de l'acquéreur leur effet du jour

(1) Aubry et Rau, III, § 280; 2^e texte et note 23.

(2) Troplong, III, 723; Pont, n^o 1060 et 1061; Mourlon, *Répétitions écrites*, t. III, n^o 1591.

même de leur notification, sans attendre l'expiration du délai de quarante jours, car peu importe qu'il y ait ou non surenchère, c'est-à-dire que l'offre soit acceptée ou non, puisque nous faisons toujours remonter au jour des notifications l'effet du contrat qui s'est formé à ce jour entre l'acquéreur et les créanciers (1).

c. EXPROPRIATION POUR CAUSE D'UTILITÉ PUBLIQUE. Les créanciers n'ont pas été appelés à la procédure précédant le jugement d'expropriation et on ne peut les considérer comme parties à un contrat judiciaire intervenu avec l'acquéreur. L'art. 17, de la loi du 3 mai 1841 décide que l'acquéreur doit payer son prix d'acquisition aux créanciers portés sur l'état d'inscriptions délivré par le conservateur, après l'expiration du délai de quinzaine qui suit la transcription du jugement d'adjudication. Par conséquent, pour figurer sur cet état, il est nécessaire aux créanciers d'entretenir l'inscription jusqu'à cette époque en la renouvelant.

C. — COMMENT S'EFFECTUE LE RENOUVELLEMENT.

Les règles exposées à propos de la première inscription sont applicables au renouvellement. Il est requis par ceux qui avaient le droit d'effectuer l'inscription originaire et au nom des personnes qui pouvaient figurer à la première inscription. Le conservateur ne peut exiger la production du titre constitutif, car le droit du requérant est suffisamment établi par l'inscription portée aux registres.

Le requérant doit produire deux bordereaux, cela est certain, mais on n'est pas d'accord sur le contenu de ces deux bordereaux.

Pour certains auteurs, le renouvellement étant destiné à remplacer l'inscription primitive, ne peut rem-

(1) Aubry et Rau, III, § 280, 2^e, texte et note 23; Cass., 15 mars 1876; Sirey, 76. 1, 216.

plir ce but qu'à condition de reproduire toutes les indications essentielles de cette inscription.

En effet c'est l'inscription nouvelle qui constitue désormais la publicité de l'hypothèque, puisque le conservateur n'a pas à faire mention sur les états qu'il délivre de l'ancienne inscription.

Pour d'autres, au contraire, il suffirait d'insérer dans le renouvellement, un renvoi formel, exprès et clair à la première inscription. Il est du reste nécessaire que le renouvellement fasse mention de l'ancienne inscription, soit que l'on procède dans les bordereaux par renvoi à celle-ci, ou que l'on reproduise toutes les indications des articles 2148 et 2153. Sans cette mention, il est impossible de distinguer le renouvellement d'une première inscription ; rien n'indique aux tiers qu'il est destiné à conserver le rang de l'hypothèque à la date d'une ancienne inscription, et l'on est induit à croire qu'il n'assure à l'hypothèque que le rang de sa propre date. Il faut donc décider que l'inscription prise en renouvellement ne peut valoir comme telle qu'en faisant connaître qu'elle est prise en renouvellement d'inscription plus ancienne ; à défaut de cette mention, l'inscription ne se rattache plus à la précédente et n'assure à l'hypothèque d'autre rang que celui de sa date.

D. — QUELS SONT LES EFFETS DU RENOUVELLEMENT

Le renouvellement régulièrement opéré conserve à l'hypothèque tous les effets que lui assurait la première inscription, pendant une période nouvelle de dix ans. Il peut se faire que l'inscription soit renouvelée avant l'expiration du délai de dix ans, c'est du jour du renouvellement que courra la nouvelle période de dix ans.

CHAPITRE II

Des exceptions à la publicité

Si l'on se place au point de vue exclusif de l'intérêt du crédit réel, il faut faire de la règle de la publicité une loi absolue et qui ne souffre aucune exception. La publicité complète de tous les droits réels peut seule garantir la sécurité des acquéreurs d'immeubles et des prêteurs sur hypothèque. Le législateur du Code civil ne s'est pas placé à ce point de vue absolu, il s'est préoccupé d'assurer les intérêts de la famille et la fortune des incapables. Pour arriver à ce but il n'a pas craint de porter une atteinte considérable au crédit réel, et de sacrifier sur ce point la consolidation du crédit immobilier à la garantie de ces intérêts mobiliers. L'hypothèque légale sur les biens du mari et du tuteur lui a paru le meilleur moyen de conservation, et pour l'entourer de toutes les garanties désirables, il l'a gratifiée du bénéfice de la clandestinité. L'intérêt des incapables l'a emporté sur celui des prêteurs, mais sa victoire n'est pas définitive. La question reprise dans les débats précédant la loi de 1855 n'a pas reçu de solution et se trouve encore aujourd'hui pendante.

Deux systèmes absolus sont en présence. Pour les uns l'hypothèque légale des incapables doit subsister et conserver le caractère de clandestinité au moins pendant toute la durée de l'incapacité.

Pour d'autres au contraire, l'hypothèque légale des

incapables n'a pas de raison d'être et doit être purement et simplement supprimée.

Le plus ardent défenseur des hypothèques légales est Troplong, et son influence lors des discussions de la loi de 1855 peut être comptée pour beaucoup dans le succès que remporta la cause des hypothèques légales. Dans l'autre camp, l'ardeur et la conviction ne sont pas moindres. Il faut convenir que la question est grave et que les arguments ne manquent pas de poids.

Les adversaires des hypothèques légales se placent au point de vue exclusif de la facilité des prêts hypothécaires. Leurs défenseurs font valoir des considérations morales supérieures: « l'intérêt de l'Etat et de la famille qui serait ébranlé, si les dots des femmes et le patrimoine des mineurs n'étaient mis à l'abri des dissipations et des larcins (1). » Tels sont les arguments principaux invoqués de part et d'autre et qui sont la base de la discussion.

Entre ces deux opinions extrêmes n'y aurait-il pas un moyen terme? ne serait-il pas possible de conserver l'hypothèque légale en la soumettant à la nécessité de l'inscription, en un mot de revenir au système de la publicité absolue? On ne pourrait reprocher à ce système de compromettre le crédit réel. Les prêteurs sur hypothèque n'auraient plus à craindre « cet inconnu menaçant que crée l'éventualité des charges occultes, » et ainsi les partisans de la suppression pure et simple de l'hypothèque légale verraient leur principal argument leur faire défaut. On objecte à ce système, dans le camp des partisans de l'hypothèque légale occulte, que donner aux incapables une hypothèque comme sûreté de leurs créances et la faire dépendre d'un acte supplétif dont l'omission la rend sans effet est retirer d'une main ce que l'on concède de l'autre.

(1) Troplong, *Des privil. et hypothèques*, I, p. 62.

N'y aurait-il pas un moyen de remédier à cet inconvénient et de se soustraire à ce reproche ? Il serait possible de prendre dans la loi des mesures pour assurer l'inscription et d'attacher une sanction suffisante à l'obligation imposée à certaines personnes de prendre l'inscription. Tel est le système adopté par la législation Sarde, qui n'admet pas la clandestinité de l'hypothèque légale et édicte des mesures propres à en assurer l'inscription.

Les articles 2221, 2222 et 2223 du Code Sarde décident : 1° En ce qui concerne les femmes mariées, que leur hypothèque devra être inscrite, d'abord par l'ascendant qui constitue la dot, sous peine d'être tenu d'en fournir une nouvelle, ensuite par le mari, sous peine d'amende. De plus, pendant la durée du mariage, le mari est tenu de prendre inscription sur ses propres biens à concurrence des sommes échues à la femme à titre de donation ou de succession, ainsi que des capitaux recouvrés par le mari.

2° En ce qui concerne les mineurs, les tuteurs doivent faire inscrire leur hypothèque légale dans les deux mois, à compter du jour où ils ont accepté la tutelle, toujours sous peine d'amende ; le conseil de famille, dès sa première assemblée, doit s'assurer si cette obligation a été remplie et en faire rapporter la preuve. Le protuteur doit également y veiller, sous peine de dommages et intérêts.

Le Code Sarde indique ensuite les personnes qui peuvent faire inscrire ces hypothèques légales, ce sont : le mineur et la femme mariée, les parents, les alliés et les amis des incapables. Sous un tel régime il ne semble pas que les mineurs et les femmes mariées aient besoin de la clandestinité pour être utilement protégés.

Le même principe est suivi dans la législation allemande ; les incapables ont, non pas une hypothèque

légale, mais un titre de droit sur le fondement duquel l'inscription peut être prise.

D'après la loi belge de 1851 toutes les hypothèques sont soumises au principe de la publicité et l'inscription est la condition même de l'existence de l'hypothèque légale. L'inscription doit être prise par le tuteur, sous peine de destitution (art. 52), par le subrogé tuteur, par un membre quelconque du conseil de famille ou un étranger désigné par le conseil (art. 53) ; enfin il est interdit aux greffiers de justice de paix de délivrer, sous peine de responsabilité personnelle et de destitution, des expéditions des délibérations des conseils de famille, s'il ne leur est justifié que l'inscription est prise contre le tuteur (art. 54). L'inscription de l'hypothèque légale de la femme doit être requise par elle-même, par le mari (art. 64), par les parents et alliés des époux jusqu'au troisième degré inclusivement (art. 69), par le juge de paix du domicile du mari et par le Procureur du Roi (art. 70).

Il reste une dernière objection qu'on peut adresser au système de la publicité des hypothèques légales : l'indétermination des créances qu'elles sont destinées à garantir ne permettra pas de prendre une inscription pour une somme précise. On ne peut même par la publicité la plus complète faire connaître aux tiers toutes les reprises qu'une femme peut avoir à exercer contre son mari, ou un pupille contre son tuteur.

N'y a-t-il pas un remède possible et qui est celui qu'ont adopté les lois allemandes. On estimera par avance et à forfait, la somme jusqu'à laquelle pourront s'élever les créances garanties par l'hypothèque légale. Si au cours de l'incapacité de nouveaux faits viennent augmenter les créances, rien ne sera plus facile que de prendre au fur et à mesure des inscriptions destinées à sauvegarder les intérêts des incapables.

La loi belge qui exige la spécialité de l'hypothèque légale aussi bien que son inscription indique dans l'article 49 le moyen de spécialiser l'hypothèque légale des mineurs. Il est le même que celui employé par les lois allemandes « le conseil de famille fixe la somme pour laquelle l'inscription sera prise eu égard à la fortune des mineurs » (1). Dans le cours de la tutelle, le conseil de famille a d'après l'article 58 le droit de prendre un supplément d'hypothèque, si la garantie primitive n'est pas suffisante. A l'inverse, si l'inscription devient excessive, elle peut être réduite par le conseil de famille (art. 60). Pour l'hypothèque légale de la femme, elle est spécialisée pour la dot et les conventions matrimoniales par le contrat de mariage (art. 64). La femme peut en outre stipuler dans ce contrat une hypothèque spéciale pour garantir les reprises de toute nature qu'elle pourra avoir à exercer contre son mari (art. 64, § 2). Pendant le cours du mariage, l'hypothèque peut être spécialisée par la femme avec autorisation du Président du tribunal, pour sûreté des créances qui prennent naissance contre le mari au cours du mariage.

Par la publicité donnée à l'hypothèque légale, on satisfait aux exigences du crédit, et par l'organisation des moyens destinés à assurer cette publicité, on sauvegarde l'intérêt des incapables. Un tel système ne peut *a priori* être rejeté, puisque nous le voyons fonctionner dans des États importants, où les résultats qu'il donne n'ont rien de fâcheux.

Examinons quelle fut la solution donnée à cette grave question par le Code civil.

(1) Laurent, *Principes de droit civil*, t. XXX, n° 298.

§ I. — **Hypothèques dispensées d'inscription.**

L'article 2135 dispose « L'hypothèque existe indépendamment de toute inscription : 1° au profit des mineurs et interdits, sur les immeubles appartenant à leur tuteur. 2° au profit des femmes sur les immeubles de leur mari. »

Deux hypothèques générales existent donc et produisent leurs effets en dehors de toute inscription 1° l'hypothèque légale du mineur et de l'interdit 2° l'hypothèque légale de la femme mariée. Dans ces trois cas d'hypothèque légale le Code n'attache pas à l'absence d'inscription la sanction d'inefficacité dont il frappe l'hypothèque dans les autres cas, et quoique non inscrites, ces hypothèques confèrent droit de préférence et droit de suite. Le rang de préférence ne résultera pas de l'inscription, c'est la loi elle-même qui le détermine entre les différents créanciers et ses dispositions donnent lieu à de nombreuses divergences qu'il n'est pas de notre tâche d'examiner en détail. Nous admettons aussi sans discuter que le droit de suite est de même conservé indépendamment de toute inscription, par conséquent que les incapables peuvent user du droit de surenchère, ou poursuivre hypothécairement les tiers détenteurs (1). L'art. 2135 ne contient pas une dispense absolue d'inscription, car il faut remarquer que les termes qu'il emploie diffèrent essentiellement de ceux de l'article 2107 qui renferme une dispense absolue d'inscription. L'article 2135 déclare seulement que le défaut d'inscription n'est pas opposable à la femme ou au mineur. S'il tendait à affranchir complètement de l'inscription les hypothèques des femmes et des mineurs, on ne comprendrait plus les art. 2136 et suivants, ordonnant à certaines personnes de

(1) Aubry et Rau, II, § 269, 2°, texte et note 7.

prendre inscription, ni les art. 2193 et suivants, soumettant à la publicité, au cas d'aliénation des biens des maris et tuteurs, la conservation des hypothèques légales. Le Code a voulu protéger les incapables et en même temps renseigner les tiers en prescrivant à certaines personnes de rendre publiques les hypothèques des mineurs, des interdits et des femmes mariées. Voyons quelles sont ces personnes.

§ II. — **Mesures prises pour assurer l'inscription.**

Le Code civil prend dans les articles 2136 à 2139 des mesures pour arriver à la publicité qu'il n'exige pas, mais les moyens que la loi a employés pour arriver à réaliser ce but ne produisent que des effets bien restreints, surtout aujourd'hui où toute sanction manque depuis la disparition de la seule peine garantissant la diligence des personnes que la loi charge de prendre inscription.

En vertu des articles 2136 à 2139, certaines personnes sont obligées de prendre l'inscription et d'autres ont la faculté de le faire.

Sont obligés de prendre inscription en première ligne les maris et tuteurs : « ils doivent requérir eux-mêmes (art. 2136), sans aucun délai inscription aux bureaux à ce établis sur les immeubles à eux appartenant et sur ceux qui pourront leur appartenir par la suite. » C'est dès l'acceptation de la tutelle ou dès la célébration du mariage, que les tuteurs et maris doivent prendre l'inscription. La loi édicte une sanction pour le cas où ils n'obéiraient pas à l'article 2136. « Les maris et les tuteurs qui, ayant manqué de requérir et de faire faire les inscriptions ordonnées par le présent article, auraient consenti ou laissé prendre des hypothèques ou des privilèges sur leurs immeubles, sans

déclarer expressément que les dits immeubles étaient affectés à l'hypothèque légale des femmes et mineurs sont réputés stellionataires, et comme tels contrainables par corps ». Cet article donne lieu à un certain nombre d'observations. D'abord on ne comprend pas très bien les termes de la loi, « consenti ou laissé prendre des privilèges, » puisque le privilège ne résulte que de la loi et non de la convention. On entend généralement qu'il s'agit de cession ou de subrogations de privilèges déjà existant. Le texte s'explique d'autre part très facilement, s'il s'agit d'hypothèques conventionnelles, mais pour les hypothèques judiciaires et les hypothèques légales, il est difficile d'étendre à leur établissement la pénalité de l'art. 2136 (1). De telle sorte qu'il faut restreindre les termes de l'art. 2136 à la seule application qu'ils comportent pratiquement, c'est-à-dire à la constitution d'une hypothèque conventionnelle par le mari ou le tuteur.

La question fut aussi discutée de savoir si la peine était encourue par le mari ou le tuteur quand les tiers avaient connaissance avant de traiter de l'existence des hypothèques légales. Cette discussion paraît devoir être omise aujourd'hui comme manquant d'intérêt, depuis que le stellionat est dépourvu de sanction pénale, la loi du 22 juillet 1867 ayant aboli la contrainte par corps.

Aujourd'hui donc les prescriptions de l'article 2136 sont dépourvues de sanction, toutefois il peut y avoir lieu à une action en dommages et intérêts contre les tuteurs et maris dont la négligence aurait pu préjudicier aux tiers.

La loi craignant que le tuteur n'omette l'inscription dont elle le charge, dispose, article 2137, que « les subrogés-tuteurs seront tenus sous leur responsabi-

(1) Aubry et Rau, III, § 269, 2°, texte et note 36.

lité personnelle et sous peine de tous dommages et intérêts, de veiller à ce que les inscriptions soient prises sans délai sur les biens du tuteur pour raison de sa gestion, même de faire faire lesdites inscriptions. » Les subrogés-tuteurs doivent donc faire inscrire l'hypothèque légale des mineurs sur les biens du tuteur, et, au cas d'omission, la loi les frappe d'une peine pécuniaire consistant en dommages et intérêts envers la personne qui aura souffert un préjudice de leur négligence.

A côté de ces personnes à qui la loi impose l'obligation de rendre publique par l'inscription l'hypothèque légale des incapables, il en est d'autres à qui elle donne l'autorisation de le faire. Ce sont pour la femme, les parents, soit de la femme soit du mari, et pour les mineurs les parents, et à leur défaut les amis. (article 2139).

Comme il n'est besoin d'aucune capacité pour remplir cette formalité, la femme et le mineur eux-mêmes pourraient procéder à la formalité de l'inscription.

Enfin, le ministère public est autorisé par la loi à prendre inscription (art. 2138), mais cette disposition est lettre morte. Comme nous venons de le dire, toutes ces tentatives que le Code a faites pour assurer la publicité des hypothèques légales sont vaines et ne produisent le plus souvent aucun effet. Mais il existe des cas prévus par le Code où la publicité des hypothèques légales devient nécessaire; nous voulons parler de la purge. La possibilité pour l'acquéreur de débarrasser en le purgeant, l'immeuble acquis des hypothèques légales est certainement une disposition utile au crédit public. Pour arriver à ce but, il fallait obliger les hypothèques légales occultes pesant sur l'immeuble à se faire connaître dans un certain délai pour pouvoir être opposées à l'acquéreur, c'est ce que fait l'article 2194 qui donne pour requérir l'inscription

un délai de deux mois à compter du jour du dépôt au greffe du contrat d'acquisition et de sa notification à la femme, au subrogé tuteur et au procureur de la République. Si l'inscription n'est pas faite dans ce délai, l'immeuble vendu est affranchi de l'hypothèque légale.

Si au lieu d'une vente volontaire, nous supposons une expropriation forcée de l'immeuble du mari ou du tuteur, les créanciers pourvus d'une hypothèque occulte n'étant pas associés à la poursuite en expropriation forcée, on doutait sous le Code de procédure que le jugement d'adjudication eût pour effet de purger leurs hypothèques. La jurisprudence de la Cour de Cassation s'était refusée à admettre cette solution, mais la loi du 21 mai 1858, modifiant l'article 717 du Code de procédure civile, lève aujourd'hui tout doute en décidant que l'adjudication sur saisie produit le même effet pour toutes les hypothèques inscrites ou non, sous cette condition que le saisissant doit, d'après l'article 692 du Code de procédure civile, faire aux créanciers hypothécaires dispensés d'inscription les mêmes notifications qu'aux autres créanciers inscrits. Il doit de plus faire ces notifications aux personnes chargées de publier ces hypothèques légales et au ministère public. Sur ces notifications, les hypothèques légales des incapables doivent être inscrites jusqu'à la transcription du jugement d'adjudication, sous peine de déchéance du droit de suite.

Enfin, si nous supposons l'expropriation pour cause d'utilité publique de l'immeuble du mari ou du tuteur, inscription de l'hypothèque légale doit être prise dans la quinzaine qui suit la transcription du jugement d'expropriation (art. 17, loi du 3 mai 1841).

Il nous reste à voir quelles sont les formes spéciales requises pour l'inscription de l'hypothèque légale des femmes et des mineurs ? D'une manière

générale on peut dire que l'article 2148 que nous avons précédemment étudié est applicable ici, mais il est certaines différences imposées par la nature et les caractères spéciaux de ces hypothèques, nous les signalerons brièvement. D'abord il n'est pas nécessaire de représenter le titre, puisque la loi est la cause de l'hypothèque.

L'article 2153 prescrit le dépôt de deux bordereaux contenant seulement : 1° les nom, prénoms, profession et domicile réel du créancier ainsi que son domicile élu dans l'arrondissement; 2° les nom, prénoms, profession, domicile ou désignation précise du débiteur; 3° la nature des droits à conserver et le montant de leur valeur quant aux objets déterminés, sans être tenu de la fixer quant à ceux qui sont conditionnels, éventuels ou indéterminés.

Telles sont les indications exigées, voyons celles que la loi laisse de côté. Elle n'exige pas la mention de la date et de la nature du titre, c'est facile à comprendre : il n'y en a pas d'autre que la loi. Elle ne demande pas l'évaluation des créances, puisque l'hypothèque légale est destinée à garantir des créances indéterminées. Enfin la loi ne réclame pas la spécialisation des immeubles frappés par l'inscription, puisque le caractère distinctif de l'hypothèque légale est la généralité.

Comme on le voit par ce rapide exposé sur l'hypothèque légale le Code civil avait admis d'une façon aussi large que possible l'idée de protection des incapables en étendant même la dispense d'inscription après la cessation de l'incapacité. Si la légitimité de cette protection peut être discutée pendant la durée de l'incapacité, on comprend que son maintien après la cessation de l'incapacité qui la motive, soulève les plus vives objections. Ce ne sont pas du reste les seules qu'encourut le Code civil dès les premières

années de son application; nous devons pour être complet examiner la campagne de réforme menée contre l'œuvre du législateur de 1804, campagne qui aboutit à la loi du 23 mars 1855, réalisant des progrès incontestables et imposant silence à de graves critiques.

CHAPITRE III

Réforme hypothécaire.

Comme nous l'avons déjà dit, les rédacteurs du Code civil placés entre les deux principes diamétralement opposés de l'ancien droit et du droit intermédiaire, entre la clandestinité absolue et la publicité absolue, ne voulurent adopter franchement ni l'un ni l'autre de ces deux systèmes, et s'arrêtèrent à un système mixte. La base de ce système est la publicité, mais dans l'application, des concessions sont faites aux idées coutumières qui s'étaient révélées au sein du conseil d'Etat.

Les deux principaux griefs relevés contre le système du Code civil furent : la clandestinité des mutations immobilières et celle des hypothèques légales.

Sans la publicité des actes translatifs de propriété immobilière, la publicité des hypothèques est absolument illusoire, « c'est un leurre, dit M. Laurent, ce n'est plus une garantie ». La loi de Brumaire ne méritait pas ce reproche ; mais le Code civil avait eu le tort de s'en écarter sur ce point, et comme le dit M. Troplong « par là le système hypothécaire s'est trouvé frappé au cœur » (1).

D'autre part l'exception faite au principe de la publicité en faveur des incapables dispensés d'inscrire leur hypothèque légale fut non moins vivement cri-

(1) Troplong, *Privil. et hypothèques*, I, p. 49.

tiquée. Le régime hypothécaire, tel que l'établissait le Code civil, était donc bien défectueux, mais il faut dire à l'excuse des législateurs de 1804, qu'il était assez difficile de se rendre un compte exact du rôle que le régime hypothécaire était appelé à jouer dans la société alors en pleine voie de transformation. Il est incontestable que les défauts de cette législation peuvent justifier les plaintes que l'on éleva au sujet de l'éloignement des capitaux des prêts fonciers. Mais ce serait méconnaître le siège du mal que de se borner à ce point de vue exclusif.

Dans les siècles précédents, les placements sur terre et en hypothèques étaient les plus sûrs pour les capitalistes, il n'y avait donc nulle difficulté à se procurer des capitaux sur hypothèques. Mais les circonstances changèrent essentiellement dans les premières années de ce siècle.

Le commerce et l'industrie prirent un essor qu'il était difficile de prévoir. Des sociétés nombreuses inondèrent le marché de leurs titres. Les Etats, les villes cherchèrent du crédit et réalisèrent des emprunts. C'est dans cette concurrence des entreprises industrielles et autres qu'on peut trouver les motifs de la détresse de l'hypothèque. Les actions et les titres offrirent aux capitalistes des avantages que n'offrait pas la terre. L'expectative de gains énormes, la facilité de percevoir les intérêts et les dividendes, la possibilité de transformer tous les jours à la Bourse ces papiers en monnaie courante étaient bien faites pour séduire les prêteurs. Ce n'est pas du reste la seule cause, une autre presque aussi grave est l'illusion où sont le plus souvent les propriétaires sur leurs propres moyens. On achète des propriétés à des prix hors de proportion avec les revenus, à défaut de fortune propre on n'offre qu'un faible appoint et on cherche dans le crédit le moyen d'accroître ses facultés.

C'est ainsi que souvent le besoin de crédit croît dans une mesure excédant la valeur de la sureté réelle. En un tel état de choses, il n'est pas étonnant que le capital se montre récalcitrant ou très exigeant ; ce n'est pas la faute du droit.

Quoi qu'il en soit de ces raisons le système hypothécaire établi par le Code civil était loin d'être parfait et l'opposition ne tarda pas à se révéler vigoureusement.

En 1827, Casimir Périer proposa un prix à l'auteur du meilleur mémoire qui indiquerait le moyen de porter remède aux graves inconvénients du régime hypothécaire créé par le Code civil.

Parmi les ouvrages remis, un d'eux se distingua surtout par la hardiesse de ses idées (1) et Casimir Périer le signala en 1829 à l'attention des publicistes et des jurisconsultes. Les particuliers n'étaient pas les seuls à s'occuper de la question, les corps publics commençaient à s'en préoccuper, et à partir de 1830, nombre de conseils généraux formulèrent des vœux tendant à provoquer une réforme sur ce point.

Sous la pression de l'opinion le gouvernement lui-même prit part au mouvement. Dans la séance du 16 avril 1836 (2), le député Lavieille chargé de rendre compte à la chambre de pétitions tendant à l'amélioration du système hypothécaire, faisait remarquer toute l'importance d'un bon régime hypothécaire, non-

(1) M. Decourdemanche, « *Du danger de prêter sur hypothèque.* » L'auteur de cette brochure, après avoir exposé les dangers du régime hypothécaire du Code s'étonne de voir le soin apporté par les lois hypothécaires à la publication des hypothèques spéciales et le délai qu'elles manifestent pour la publicité d'une foule d'actes qui modifient la capacité des personnes et portent atteinte à la propriété de tous les immeubles possédés. En cet ordre d'idées il demande une publicité effective des hypothèques légales, déclarations d'absence, adoptions, inventaires, partages, et la suppression de l'hypothèque judiciaire. Ces diverses réformes peuvent paraître hardies mais ne méritent pas le dédain que des auteurs ont manifesté à leur sujet.

(2) Moniteur du 17 avril 1836, p. 770.

seulement au point de vue du droit civil, mais au point de vue politique. Dans cette même séance M. Dupin, quittant le fauteuil de la présidence et montant à la tribune déclarait « que la loi des hypothèques qui devait être faite pour assurer les créances, ne laisse pas les créanciers sans inquiétude pour leur conservation. On semble avoir tout imaginé contre le créancier pour qu'il ne touche pas son argent à l'échéance. » A la suite de ces débats » la Chambre renvoya la pétition au Président du conseil à cause de l'importance de la question.

En 1841, M. Martin (du Nord), alors Garde des Sceaux appela par une circulaire en date du 7 mai, l'attention des Cours et des Facultés de droit sur le régime hypothécaire. Les vœux de réforme exposés furent réunis et publiés. De leur examen, il ressort qu'en général le système du Code fut adopté, mais avec d'importantes réformes dans le sens de la publicité.

Pour les hypothèques légales, la Cour de Cassation et la presque unanimité des Cours et des Facultés ne voulurent point priver les incapables du bénéfice de leurs hypothèques pour défaut d'inscription, mais elles proposèrent des mesures destinées à rendre plus fréquente leur inscription. La Faculté de Paris et celle de Lyon furent les seules à proposer la publicité de toutes les hypothèques sans exception et la protection des incapables par des garanties personnelles ou réelles à déterminer avant le commencement de l'incapacité.

Si les avis différèrent sur l'hypothèque légale, il n'en fut pas de même sur la transcription. La presque unanimité des corps consultés reconnut la nécessité de son rétablissement et le retour à la loi de Brumaire. Les seules oppositions se manifestèrent au sein des Cours de Toulouse et de Bordeaux qui ne voulaient

pas « découronner notre Code civil de cette philosophie spiritualiste qui le place si haut au-dessus des œuvres de la codification moderne. »

Le ministère de la justice centralisa les travaux des Cours et Facultés, une commission fut nommée avec la mission d'examiner les documents et de préparer les éléments de la réforme: elle n'avait pas encore achevé son travail lorsqu'éclata la Révolution de 1848.

Pendant cette année, la réforme hypothécaire fut reprise sur des bases plus radicales. Le 23 juin 1848(1), M. Wolowski fit, à l'Assemblée nationale, une proposition sur l'organisation du crédit territorial. Le 15 juin 1849, un décret du Prince Président institua une commission extraparlamentaire, qui devait terminer l'œuvre de la première. Le projet de cette commission, porté au Conseil d'Etat le 27 décembre 1849, était favorable au rétablissement de la publicité.

Sans attendre une seconde délibération du Conseil d'Etat, le ministre de la justice déposa, le 4 avril 1850, sur le bureau de l'Assemblée législative, un projet de loi sur les hypothèques, d'après lequel les hypothèques sans aucune exception, devaient être inscrites pour être efficaces.

Ce projet alla rejoindre, aux mains d'une commission parlementaire, un autre projet présenté à l'Assemblée l'année précédente, et destiné à remplacer dans le Code le titre des hypothèques. Cette commission, qui avait choisi comme président M. Demante et comme rapporteur M. de Vatimesnil, se déclara décidée à en revenir à la publicité complète et absolue des mutations de propriété et des hypothèques.

Pendant ce temps, le Conseil d'Etat procédait à la seconde lecture du projet que le Gouvernement lui avait envoyé le 27 décembre 1849 et repoussait,

(1). *Moniteur* de 1848, p. 1480.

« comme périlleuse pour les intérêts sacrés des mineurs, des interdits et des femmes, la nécessité de l'inscription de leur hypothèque légale. » Le projet de loi qu'il rédigea admettait : 1° le rétablissement de la transcription ; 2° la suppression de l'hypothèque judiciaire ; 3° la fin de l'hypothèque légale avec la fin de l'incapacité.

L'Assemblée se trouvait donc saisie de plusieurs projets entre lesquels elle avait à se prononcer. Pour les hypothèques légales, divers systèmes étaient en présence ; mais, pour la transcription, tout le monde était convaincu qu'il fallait la rétablir. Cependant, la tentative ne devait pas encore aboutir.

La discussion commença en séance publique le 26 juin 1850 (1). Au milieu des discussions les plus vives le projet franchit les deux premières lectures et la troisième commençait le 1^{er} juillet 1851, quand la suite en fut ajournée sur la demande d'un membre de l'Assemblée. Ainsi finit la réforme hypothécaire, on n'en parla plus avant le coup d'état de décembre, qui mit fin aux pouvoirs politiques de l'Assemblée, et emporta le projet de loi.

Malgré cet échec, les besoins du crédit public, toujours croissant, obligèrent à reprendre bientôt la réforme que les événements politiques avaient si brusquement interrompue. La transcription était universellement reconnue et une loi la réglant ne pouvait plus se faire attendre. Les études furent donc reprises à la suite des événements de 1851, mais elles diffèrent des précédentes en ce qu'elles n'embrassent pas la matière tout entière des hypothèques, et se précisent en un point sur lequel l'accord s'était universellement fait dans toutes les enquêtes : l'établissement du principe général de la publicité dans les mutations. Le

(1) *Moniteur* de 1850, p. 2178.

projet fut présenté au Corps législatif le 11 mai 1853. Une commission fut nommée et le rapporteur, M. de Belleyme fit lecture de son rapport le 31 mai 1854. Il y exposait nettement le danger résultant de l'absence de transcription. « Il n'est pas impossible, disait-il, de vendre et de se faire payer plusieurs fois le même immeuble ou d'hypothéquer un immeuble que l'on a vendu. » La discussion s'ouvrit le 13 janvier 1855 et la loi fut votée le 17 janvier par le Corps législatif. Le 14 mars, le Sénat passa au scrutin sur l'ensemble de la loi qui fut promulguée le 23 mars 1855.

CHAPITRE IV

Modifications apportées au Code civil par la loi du 23 mars 1855

La loi du 23 mars 1855 organise la publicité des actes entre vifs et à titre onéreux par le rétablissement de la transcription. Quant aux hypothèques légales, elle fait disparaître les défauts trop choquants que contenait le Code civil : savoir la survie à l'incapacité, de la dispense d'inscription et la faveur dont jouissaient les cessionnaires de l'hypothèque légale de la femme. Depuis la loi de 1855, le privilège de la clandestinité commence, dure, et s'éteint, comme et avec l'incapacité sur laquelle il repose. Cette grande faveur n'est donc maintenue que tant qu'est maintenue sa raison d'être. La loi de 1855 a donc élargi la publicité des mutations et des hypothèques légales, mais on lui reproche d'être insuffisante. On lui reproche notamment de ne pas exiger la publicité pour les mutations à cause de mort, ce qui empêche de faire connaître la généalogie de la propriété, et de dresser, en quelque sorte, des registres de l'état civil de tous les biens. Les défenseurs de la loi de 1855 répondent à ce reproche que ce serait contraire à la maxime nationale « le mort saisit le vif, » et, en outre, que « la loi sur les successions divise tellement, en France, le patrimoine des familles, qu'à peine les registres pourraient suffire aux inscriptions qui viendraient les encombrer (1). »

(1) Troplong, *Privilég. et hypothèques*, I, p. 59.

Enfin, l'hypothèque légale occulte même réduite par la loi de 1855 est toujours vivement attaquée.

Si l'on examine donc le résultat obtenu par la loi du 23 mars 1855, on peut dire qu'elle a comblé de graves lacunes du Code civil en matière hypothécaire, mais qu'il reste encore beaucoup à faire, et notamment pour l'hypothèque légale. Il faut reconnaître qu'en présence de la révolution économique provoquée par le développement de la richesse mobilière, l'importance de l'hypothèque légale au point de vue de la protection des incapables a été exagérée, et qu'au cas où une réforme serait entreprise, la clandestinité de l'hypothèque légale courrait les plus grands dangers.

Pour étudier la loi du 23 mars 1855 dans ses rapports avec la publicité des hypothèques, nous examinerons successivement : 1° la transcription dans ses rapports avec la publicité des hypothèques ; 2° la publicité des hypothèques des incapables après la cessation de l'incapacité, et 3° la publicité des subrogations à l'hypothèque légale de la femme.

SECTION I. — De la transcription dans ses rapports avec la publicité des hypothèques.

Pour comprendre les liens rattachant la transcription à la publicité des hypothèques, il suffit de remarquer qu'elle a été rétablie comme moyen de transfert de la propriété à l'égard des tiers. Les créanciers hypothécaires sont des tiers vis-à-vis du débiteur qui vend et de son acquéreur, il s'ensuit qu'à leur égard l'aliénation n'est consommée et le bien n'est sorti du patrimoine de leur débiteur qu'à partir de la transcription. Si l'on remarque que d'autre part les créanciers hypothécaires peuvent utilement prendre ins-

cription, jusqu'au moment où l'immeuble est sorti du patrimoine de leur débiteur, il s'ensuit que, jusqu'à la transcription du contrat, les inscriptions sont possibles. L'article 6 le déclare expressément. « A partir de la transcription, les créanciers privilégiés ou ayant hypothèque aux termes des articles 2123, 2127 et 2128 du Code civil ne peuvent prendre utilement inscription sur le précédent propriétaire. »

Nous avons vu quand nous avons étudié la question de savoir jusqu'à quel moment pouvait être prise l'inscription, que le Code civil limitait cette faculté au moment où la vente était parfaite par l'accord des parties. Depuis la loi de 1855 il n'en est plus de même et jusqu'à la transcription du contrat de vente l'inscription est possible.

La loi de 1855 détruit donc absolument en cette matière le système du Code civil, mais en est-il de même de celui créé par les articles 834 et 835 du Code de procédure civile ? Ces articles donnant un délai de grâce pour l'inscription auraient pu n'être pas incompatibles avec l'esprit de la loi de 1855, on aurait pu considérer la transcription comme une sorte de mise en demeure faite aux créanciers d'avoir à prendre inscription de leurs hypothèques. Cette idée fut soutenue lors de l'enquête de 1841, mais l'opinion contraire prévalut en 1851 dans le projet du gouvernement, et fut consacrée par la loi. « Les articles 834 et 835 du Code de procédure sont abrogés. »

La règle est donc absolue depuis la loi du 23 mars 1855, la transcription arrête seule le cours des inscriptions sur le précédent propriétaire, et cela sans délai de grâce.

Pour préciser les changements apportés par la loi de 1855, aux règles du Code civil, nous étudierons successivement : 1° le cas de vente volontaire, 2° le cas d'expropriation forcée, 3° le cas d'expropriation

pour cause d'utilité publique, 4° le cas d'une aliénation non soumise à la nécessité de la transcription.

1° Aliénation volontaire.

Les créanciers pourvus d'une hypothèque conventionnelle, judiciaire ou légale, soumise à la nécessité de l'inscription, peuvent s'inscrire jusqu'à la transcription de l'acte d'aliénation, même postérieurement à la formation du contrat. Mais du jour où la formalité de la transcription a été accomplie, les créanciers non inscrits ne peuvent plus manifester utilement leur droit et perdent à la fois le droit de suite et le droit de préférence.

Quant aux hypothèques légales des incapables, ces principes ne leur sont évidemment pas applicables, tant qu'elles demeurent dispensées d'inscription, sauf le droit de purger, donné à l'acquéreur par les articles 2194 et 2195, Code civil. Au cas de purge, l'incapable qui a opéré son inscription dans le délai de deux mois accordé par la loi, conserve à la fois son droit de suite et son droit de préférence. Si l'inscription n'est pas prise dans ce délai, le droit de suite est certainement perdu. Mais la question de savoir si le droit de préférence disparaissait en même temps fut discutée avant la loi du 21 mai 1858. Depuis cette loi, l'article 772 du Code de Procéd. qu'elle modifie, décide que « les créanciers à hypothèques légales qui n'ont pas fait inscrire leurs hypothèques dans le délai fixé par l'article 2195, Code civ. ne peuvent exercer de droit de préférence sur le prix, qu'autant qu'un ordre est ouvert dans les trois mois qui suivent l'expiration de ce délai et sous les conditions déterminées par la dernière disposition de l'article 717. » D'après l'article 717, s'il s'agit d'un ordre judiciaire, les incapables

doivent y produire dans les quarante jours, à dater de la sommation adressée aux créanciers inscrits (art. 753, 754); s'il s'agit au contraire d'un ordre amiable, ils peuvent utilement y produire jusqu'à la clôture.

II. — Expropriation forcée.

L'article 6 de la loi du 23 mars 1855 s'applique aussi bien aux aliénations forcées qu'aux aliénations volontaires. Les créanciers hypothécaires du saisi peuvent utilement prendre inscription jusqu'au jour de la transcription du jugement d'adjudication; à partir de ce moment, ils ne le peuvent plus, même s'il est procédé à une revente sur folle enchère.

L'inscription prise avant la transcription du jugement d'adjudication conserve au créancier le droit de préférence, mais le droit de suite est éteint, car l'adjudication dûment transcrite a pour effet de purger toutes les hypothèques grevant l'immeuble (art. 717, C. proc. *in fine*). Il est facile de justifier cette différence fondamentale entre l'aliénation volontaire et l'expropriation forcée.

Au premier cas les créanciers n'interviennent pas dans le contrat qui se passe uniquement entre l'acheteur et le vendeur; dans le second, au contraire, la sommation de prendre communication du cahier des charges, prescrite par l'article 692, C. proc. civ., les associe à la poursuite dirigée contre le débiteur. Avertis par la sommation, ils sont à même de surveiller leurs intérêts et de s'efforcer que l'aliénation se fasse aux meilleures conditions possibles. Quand l'aliénation s'est accomplie sans protestation de leur part, c'est qu'ils ont jugé que le gage avait produit tout ce qu'il pouvait produire, et leur droit peut, sans

dommage pour eux; se transporter de l'immeuble sur le prix.

Avant la loi du 21 mai 1858, cette purge n'était pas complète, car elle n'atteignait pas les hypothèques légales dispensées d'inscription. Aujourd'hui l'art. 717 modifié leur applique la règle générale comme nous l'avons vu plus haut.

Aujourd'hui donc, on est revenu à la maxime de notre ancien droit : « Décret forcé nettoie toutes les hypothèques. »

III. — Expropriation pour cause d'utilité publique

Nous n'examinerons pas la controverse relative à la question de savoir si la loi du 23 mars 1855 s'applique à l'expropriation pour cause d'utilité publique. Nous admettrons simplement la négative, (1) et, dirons que, conformément à l'article 17 de la loi du 3 mai 1841, les créanciers ayant hypothèques sur les biens expropriés peuvent s'inscrire jusqu'à l'expiration de la quinzaine qui suivra la transcription du jugement d'expropriation. L'inscription prise dans ce délai conserve le droit de préférence sur le prix. Les incapables conservent sans inscription leur droit de préférence sur l'immeuble exproprié sans les conditions de temps exigées au cas de vente volontaire ou forcée.

IV° — Aliénations qui échappent à la transcription.

La règle de la transcription n'est pas d'une application générale, et nous avons déjà dit que les mutations

(1) Aubry et Rau, § 272, texte et note 13, et § 209 texte, A n° 2, notes 42 à 45.

par décès en étaient exemptées. Le legs a pour effet de transférer *erga omnes* la propriété de la chose léguée, dès l'ouverture de la succession, et n'est pas soumis à la formalité de la transcription. Il s'en suit que les créanciers hypothécaires d'un testateur ne pourraient plus, dès son décès, s'inscrire utilement sur les immeubles ayant fait l'objet de legs particuliers.

Avant d'en finir avec la matière de la transcription dans ses rapports avec l'inscription des hypothèques, il est indispensable d'examiner quelques difficultés issues de circonstances de fait toutes particulières.

D'abord une question importante qui se posait déjà sous l'empire du Code de pr. civ. (art. 834) et qui est encore discutée sous la loi de 1855. On suppose qu'un immeuble a fait l'objet de deux ou plusieurs aliénations successives, (pour plus de simplicité nous n'en supposons que deux); le dernier contrat a été seul transcrit : la transcription de ce dernier contrat arrête-t-elle le cours des inscriptions simplement à l'égard des créanciers du dernier vendeur, ou produit-elle en outre le même effet vis-à-vis des créanciers du premier vendeur ?

Sous l'art. 834 C. de proc., il fallait savoir si la transcription du dernier contrat constituait une mise en demeure de s'inscrire dans la quinzaine, aussi bien pour les créanciers des précédents propriétaires, que pour ceux de l'aliénateur immédiat. La loi de 1855 est restée à dessein muette sur ce point, le rapporteur déclarant « que c'était là une question de jurisprudence et de régime hypothécaire ; que la loi actuelle n'avait donc pas pour objet de la résoudre. » Ce silence est certainement regrettable, mais il nous semble que les principes sur la transcription doivent conduire à admettre que l'effet de la transcription du dernier contrat est relatif, et ne constitue pas un obstacle à l'inscription à prendre par les créanciers du précédent

propriétaire. En effet la transcription du second acte ne suffit pas à amener la publicité de l'aliénation primitive à l'égard des créanciers du premier vendeur. Cela tient au mode de transcription usité chez nous. Si la transcription se faisait sous la désignation de l'immeuble, si l'acte était transcrit sous le numéro de l'immeuble et dans une case à lui affectée, en un mot si chaque immeuble avait son compte particulier ouvert dans les registres de la conservation des hypothèques, la transcription du dernier contrat suffirait pour avertir les créanciers du précédent propriétaire. Mais le contrat de vente présenté à la transcription est porté dans le répertoire au compte passif du propriétaire vendeur, et c'est le nom de celui-ci que les tiers qui ont besoin de savoir si l'immeuble a été aliéné donnent au conservateur. Le créancier d'un précédent propriétaire, s'informant du sort de l'immeuble hypothéqué à sa dette, n'a d'autre moyen que de demander au conservateur, si aucun acte n'est porté au nom de son débiteur. Comme la vente opérée par celui-ci n'a pas été transcrite, le conservateur donnera une réponse négative, et le créancier ignorant l'aliénation pourra se croire en droit de prendre inscription. L'aliénation étant demeurée clandestine à son égard, puisqu'il ne peut la connaître, elle ne peut lui être opposable. Il faut du reste remarquer que si la transcription du contrat intervenu entre le premier et le second acquéreur arrêta à elle seule le cours des inscriptions à prendre sur le vendeur originaire, celui-ci aurait un moyen très facile de frauder les tiers auxquels il consentirait une hypothèque postérieurement à cette transcription, et qui ne pourraient savoir que l'immeuble est sorti de son patrimoine (1).

Nous avons vu que la transcription de l'acte d'alié-

(1) Aubry et Rau, § 209, texte C, n° 2, et notes 99 à 103.

nation arrêtaît de suite le cours des inscriptions. Il peut se faire qu'un créancier hypothécaire se présente pour prendre son inscription le jour même où l'acquéreur de l'immeuble a fait transcrire son titre : l'inscription sera-t-elle possible ? Il a été jugé (1), que le jour de la transcription appartenait tout entier aux créanciers hypothécaires pour manifester leur droit. Une autre décision en sens contraire (2) veut que l'inscription prise le même jour que la transcription soit nulle, s'il est constaté par le registre de dépôt, que la demande en transcription a été déposée avant la demande d'inscription. Cette solution nous paraît difficile à admettre, car elle met la validité ou la nullité de l'inscription à la merci de la négligence ou de la fraude du conservateur.

SECTION II. — De la publicité des hypothèques des incapables après la cassation de l'incapacité.

Dans le système du Code civil, la dispense d'inscription accordée aux incapables survivait à l'incapacité. La femme mariée devenue veuve, le mineur devenu majeur étaient après comme avant, dispensés de prendre inscription pour assurer la conservation de leur hypothèque légale. Le législateur de 1855 a compris qu'il y avait là une faveur exagérée contre laquelle il fallait réagir, et limiter à l'incapacité la faveur que concède la loi.

L'auteur de l'exposé des motifs, M. Suin, est très formel en ce sens. « Cette grande faveur sera main-

(1) Bagnères de Bigorre., 24 fév. 1859 ; Sirey, 60, 2, 487.

(2) Tribunal de Die, 17 juin 1868, D., 69, 3, 91.

ténue tant que sera maintenue sa raison d'être : tant que la femme est dans la dépendance du mari, dont l'intérêt est contraire au sien : tant que le mineur est sous l'autorité d'un tuteur disposé à se défendre contre toute inscription, si elle était nécessaire, la loi supplée par une protection, peut-être exorbitante, à la résistance du mari ou du tuteur. Mais quand la capacité d'action sera venue à l'un et à l'autre, le besoin de publicité reprendra tous ses droits et il ne peut plus être question que d'accorder un délai pour remplir la formalité prescrite par la loi commune. » Cette innovation fut accueillie avec faveur par tout le monde, les uns y voyant le moyen de faire taire les critiques adressées si justement sur ce point au Code civil, les autres considérant la réforme comme un pas fait vers une réforme plus radicale, la suppression de l'hypothèque légale.

Nous allons examiner successivement : 1° qui doit, après la cessation de l'incapacité, rendre publiques les hypothèques légales des incapables ; 2° dans quel délai les inscriptions doivent être prises ; 3° sous quelle sanction.

1°. — L'art. 8 de la loi du 23 mars 1855 impose en premier lieu l'obligation de faire inscrire son hypothèque à la femme devenue veuve. En effet, la femme affranchie de la puissance maritale a recouvré sa pleine capacité, et rien ne s'oppose à ce qu'elle rende par elle-même son hypothèque publique en l'inscrivant : c'est donc à elle qu'incombe l'obligation de requérir l'inscription. L'art. 8 ne parle que de la femme devenue veuve, et non de la femme séparée de corps et de biens ou seulement de biens. L'obligation d'inscription ne pèse pas sur elle, elle n'est pas assez indépendante aux yeux de la loi, pour se passer de la protection de l'art. 2135.

En second lieu, le mineur devenu majeur, et l'in-

terdit relevé de l'interdiction, ayant acquis ou recouvré leur pleine liberté d'action, sont chargés eux-mêmes de sauvegarder leurs droits. L'art. 8 est trop formel pour que l'on puisse croire qu'il s'applique au mineur émancipé, ou au mineur et à l'interdit dont la tutelle a pris fin par la mort du tuteur : il n'y aurait pas dans ces cas cessation de l'incapacité, puisqu'il faudrait : dans le premier, nommer un curateur, et dans le second, pourvoir au remplacement du tuteur décédé.

Après avoir énuméré la veuve, le mineur devenu majeur, l'interdit relevé de l'interdiction, l'art. 8 ajoute « leurs héritiers ou ayants-cause. » Le contexte de l'art. 8 pourrait laisser croire que cette obligation n'incombe qu'aux héritiers des incapables décédés en état de capacité. Ce serait une solution tout à fait contraire à la volonté du législateur. L'autorité du mari et du tuteur cesse, faute d'objet, par la mort de la femme ou du pupille, et leurs héritiers n'ont plus droit à la protection que leur accordait la loi.

Si l'on suppose que les héritiers des incapables sont eux-mêmes mineurs ou interdits, il faut néanmoins leur appliquer l'art. 8 et les astreindre à prendre inscription, par eux-mêmes, ou par leurs tuteurs, de l'hypothèque garantissant les droits de leur auteur. Il en serait autrement si le délai accordé par l'art. 8 était un délai de prescription, dans ce cas l'art. 2252 recevrait son application. Ce n'est pas possible, en l'espèce le délai imparti constituant un délai préfix.

Il se présente toutefois une hypothèse où l'application de ce principe ne laisse pas que d'offrir difficulté. Il faut supposer le cas où une femme décédée avant son mari laisse pour héritier ses propres enfants mineurs placés sous la tutelle de leur père. N'est-il pas à

craindre dans ce cas que les enfants ne puissent prendre l'inscription de l'hypothèque de leur mère et que le mari n'omette à dessein l'inscription sur ses propres biens ?

Des auteurs (1) émus par la pensée que les enfants pourraient en ressentir un préjudice considérable, veulent que dans ce cas l'inscription de l'hypothèque de la femme ne soit pas requise. Le but de l'article 8, disent ces auteurs, a été de faire cesser la dispense d'inscription des hypothèques légales, dans les cas où cette protection cesse d'être utile ou nécessaire. Ce n'est pas l'hypothèse ici, les enfants héritiers de leur mère étant mineurs ont besoin de la protection de la loi, et on ne peut leur appliquer la règle de l'article 8. N'y a-t-il pas en outre, contradiction à considérer d'une part, ces mineurs comme incapables relativement à l'inscription de leur propre hypothèque légale sur les biens de leur père tuteur, et à les réputer d'ailleurs capables d'inscrire sur ces mêmes biens de leur père tuteur l'hypothèque légale de leur mère ; à leur accorder d'un côté le bénéfice de la clandestinité et à le leur refuser de l'autre ? On fait aussi prévaloir les conséquences étranges du système adverse, cette déchéance profitant aux créanciers du mari antérieurs à la dissolution du mariage qui ne pouvaient se prévaloir de la clandestinité de l'hypothèque de la femme.

Malgré ces raisons on décide plus généralement en doctrine et en jurisprudence (2), que l'hypothèque légale de la femme doit être inscrite dans l'année du décès, alors même que les mineurs seraient sous la tutelle légale de leur père, sur les biens duquel l'inscription devait être prise. On remarque que le texte de l'article 8 ne comporte pas de distinctions, et celle que l'on propose est arbitraire et contraire à l'esprit du

(1) Voyez Pont., n° 809.

(2) Aubry et Rau, III, § 269, note 19.

Code, car le mineur ne peut se faire relever des déchéances qu'il encourt à l'égard des tiers par suite de la négligence de son tuteur, quand même ce dernier eut dû accomplir contre lui la formalité dont l'omission a emporté déchéance. Enfin on invoque l'intérêt du crédit immobilier que l'article 8 de la loi de 1855 a voulu sauvegarder, en fixant un terme à la clandestinité des hypothèques légales, et les exigences de l'intérêt général qui doit toujours l'emporter sur l'intérêt particulier.

II° — Après la cessation de l'incapacité, il était nécessaire de concéder aux incapables devenus capables un délai pour prendre inscription de leurs hypothèques légales. Ce délai est fixé par la loi à un an, à compter du jour de la dissolution du mariage, de la cessation de la tutelle ou du jugement de main levée d'interdiction. Ce délai n'étant pas un délai franc se calculera, suivant les principes généraux, sans compter le *dies a quo*. Il ne peut être augmenté pour aucun motif, par exemple, on ne peut lui appliquer les causes de suspension de la prescription. D'autre part, il ne peut être réduit.

Peu importe que le mari ou le tuteur tombe en faillite, ou qu'il meure et que sa succession soit acceptée sous bénéfice d'inventaire, les articles 448, C. com. et 2146 du Code civ. ne s'appliquent pas, et l'incapable devenu capable conserve le droit de prendre son inscription. En résumé, tant que l'année n'est pas écoulée, la condition de l'ancien incapable n'est pas changée, elle reste absolument la même que pendant le cours du mariage ou de la tutelle, son hypothèque demeure occulte et entraîne toutes les conséquences de la clandestinité. Ainsi à quelque époque que l'hypothèque soit inscrite pendant le cours du délai, elle conserve le rang et la date établis par l'article 2135 du Code civ., elle frappe les immeubles du mari et du tuteur vendus dans le cours

de l'année, et si l'acquéreur a fait transcrire son titre, l'inscription peut être prise ultérieurement, pourvu que ce soit avant l'expiration du délai.

III^e — Si l'on suppose le délai écoulé, l'hypothèque légale inscrite en temps utile conservera le rang que lui avait assigné la loi, et l'inscription produira un effet rétroactif; pour l'avenir, l'hypothèque ainsi conservée sera assimilée aux hypothèques ordinaires, et soumise comme elles au renouvellement décennal.

Mais si dans ce délai d'un an, l'hypothèque légale n'a pas été rendue publique, quelle sera la nature de la déchéance encourue par les incapables? L'art. 8 décide « que leur hypothèque ne date à l'égard des tiers que du jour des inscriptions prises ultérieurement. » Comme on le voit le fond de leur droit hypothécaire subsiste, puisqu'ils ont toujours la faculté de s'inscrire; mais ils perdent le rang si favorable que leur avait donné la loi, pour ne prendre rang qu'à la nouvelle date de l'inscription. Ils seront désormais primés par tous les créanciers qu'ils primaient autrefois. Ils sont de plus soumis à toutes les vicissitudes qu'ont à redouter les créanciers ordinaires non inscrits; la faillite du débiteur, sa mort et l'acceptation de sa succession sous bénéfice d'inventaire, la vente, suivie de transcription de l'immeuble hypothéqué, seront pour eux autant de cas de déchéance absolue. Enfin soit en cas de purge d'hypothèques inscrites, soit en cas de purge d'hypothèques légales non inscrites, aucune notification ne leur sera faite.

SECTION III. — De la publicité des subrogations à l'hypothèque légale de la femme.

Le Code civil ne faisait pas allusion à la subrogation dans l'hypothèque légale. La pratique appliquait cette qualification à un certain nombre d'opérations différentes : la subrogation proprement dite au profit d'un créancier de la femme, la cession d'antériorité, d'hypothèque au profit d'un tiers acquéreur d'un immeuble du mari. Nous ne nous proposons pas d'étudier le caractère juridique de la subrogation, ou les conséquences de cette opération ; notre seul but est de l'examiner au point de vue de la publicité.

Avant la loi du 23 mars 1855, d'après une jurisprudence constante, les renonciations ou subrogations à l'hypothèque légale des femmes mariées n'étaient soumises, pour leur validité, entre les parties ou à l'égard des tiers, à aucune condition particulière de formes. Le subrogé se trouvait saisi du droit hypothécaire *erga omnes*, sans nécessité d'inscription, et pourtant il était vis-à-vis du mari absolument indépendant. La jurisprudence avait à tort considéré comme transmissible cette dispense d'inscription, dont jouissait l'hypothèque légale de la femme, et étendait jusqu'au créancier subrogé, une faveur qui par sa nature aurait dû être personnelle.

La loi de 1855 posant le principe que la dispense d'inscription ne doit pas durer plus longtemps que l'incapacité qui en est la cause, devait pour être logique prescrire la publicité des subrogations, c'est ce que décide l'article 9, « dans le cas où les femmes peuvent céder leur hypothèque légale ou y renoncer, cette cession ou cette renonciation doit être faite par

acte authentique, et les cessionnaires n'en sont saisis à l'égard des tiers, que par l'inscription de cette hypothèque prise à leur profit, ou par la mention de la subrogation en marge de l'inscription préexistante. » Comme nous l'avons dit plus haut, nous nous bornerons à examiner les règles posées par la loi de 1855, relativement à la publicité de la subrogation et nous étudierons : 1° dans quels cas, 2° en quelle forme, 3° sous quelle sanction cette subrogation doit être rendue publique.

1°. — Les termes très généraux de l'art. 9 comprennent toutes les subrogations, sous quelque forme qu'elles se produisent : subrogation proprement dite, cession d'antériorité, cession d'hypothèque, renonciations expresse ou tacites. Toutefois la dernière hypothèse fait difficulté, celle où la femme renonce en faveur de l'acquéreur d'un immeuble du mari à son hypothèque légale, en tant qu'elle frappe cet immeuble.

La femme s'engageant simplement à ne pas user de son hypothèque, soit par elle même, soit par un tiers, à qui elle la céderait, il n'y a qu'une simple renonciation extinctive ou abdicative et l'hypothèque ne passe pas au tiers acquéreur. Ceci se présente quand la femme concourt à la vente faite par le mari, et qu'il n'y a pas d'hypothèque inférieure à celle de la femme.

D'après une première opinion (1) l'art. 9 ne s'applique pas. En effet on dit qu'il n'est fait que pour les cessionnaires, or, ici il n'y a pas de cessionnaire, puisque l'hypothèque s'éteint. D'ailleurs comment s'opérerait l'inscription ? Au nom du tiers acquéreur ? C'est impossible, puis qu'il n'est pas cessionnaire. Au nom de la femme en mentionnant en marge la renonciation ? Cela ne se peut, l'hypothèque de la femme n'existe plus sur l'immeuble acquis. Du reste, si l'on exigeait l'inscri-

(1) Moulon, *Traité de la transcription*, n° 1105, 1106.

ption, l'effet absolu de la renonciation ne se produirait plus, puisqu'il y aurait lieu d'opérer le renouvellement décennal ou de procéder à la purge pour éviter tout danger. On irait donc à l'encontre du but de la renonciation qui est d'éviter les formalités et les frais de la purge. Pour remédier à ces inconvénients, il faut donc dire : « que les renonciations extinctives ont leur effet, même au regard des tiers, dès qu'elles sont parfaites entre les parties qui les ont stipulées et consenties. »

Une opinion moins absolue (1) que celle que nous venons d'exposer ne dispense pas absolument de toute publicité la renonciation extinctive. Elle écarte l'accomplissement des formalités prescrites par l'art. 9, mais veut au moins la transcription de l'acte de vente.

Plus généralement (2), on admet que la renonciation extinctive ou abdicative de la femme à son hypothèque légale, doit être publiée. Le texte de l'article 9 ne permet pas d'accepter la distinction que veulent introduire les partisans du premier système; les termes en sont généraux. « Dans le cas, où les femmes peuvent céder leur hypothèque légale ou y renoncer. » L'esprit de la loi est aussi formel que possible en faveur de cette dernière opinion. Le but de la loi de 1855 a été de rendre publics tous les actes juridiques intervenant sur les droits réels immobiliers, ainsi par exemple, elle exige (art. 2, § 2) la publicité de la renonciation au droit de servitude. Le but de l'article 9 est de manifester aux yeux des tiers tous les actes intervenant sur l'hypothèque légale de la femme, et pouvant leur causer préjudice, on ne peut donc en excepter les renonciations simplement abdicatives. Il serait inexact de prétendre que les tiers n'ont pas intérêt à connaître la renonciation de la femme; il suffit de citer ceux auxquels la femme céderait par la suite son

(1) Pont., *Priv. et hypoth.*, n° 486.

(2) Aubry et Rau, III, § 288 *bis*, note 18.

hypothèque, en les laissant croire à l'existence de droits dont elle est dépouillée. Il est donc nécessaire pour se conformer à l'esprit de la loi de 1855 d'appliquer à la lettre l'article 9.

Il faut enfin examiner si, comme le prétend le second système, la transcription de l'acte de vente est suffisante pour opérer la publicité. On peut d'abord remarquer qu'il ne sera pas possible d'agir ainsi quand la femme ne figurant pas à l'acte de vente transcrit, n'a renoncé à son hypothèque que postérieurement et par acte séparé. Dans ce cas, la transcription de l'acte de vente ne sera d'aucune utilité pour avertir les tiers de la renonciation, puisqu'il n'en fait pas mention. Si on décide que la transcription ne suffira que lorsque la renonciation figurera dans l'acte de vente, on introduit une distinction arbitraire que le texte n'autorise pas. Du reste, même dans le cas où la renonciation de la femme est mentionnée dans l'acte de vente, la transcription ne suffit pas à assurer la publicité de la renonciation. En effet, cette transcription ne produisant aucun effet relativement aux droits hypothécaires de la femme, les tiers subrogés par la suite dans ces droits ne demanderont pas un état des transcriptions qui ne leur importe pas. Il est donc nécessaire que la renonciation reçoive une publicité particulière.

En énumérant les diverses formes de la subrogation tombant sous le coup de l'article 9 nous avons omis la cession de créances.

Certains auteurs prétendent que dans ce cas c'est l'article 1690 du Code civil qui doit s'appliquer, car l'opération n'est pas une subrogation (1). Il suffirait donc de la rédaction d'un acte sous seing-privé, et de la signification au débiteur cédé pour remplir le vœu de la loi.

(1) Rivière et Huguet, *Questions sur la transcription*, n° 393 et suiv.

Cette opinion ne peut être suivie : cette opération est en effet un des divers moyens dont la femme peut user pour subroger les tiers dans son hypothèque légale et par conséquent tombe sous l'application de l'article 9(1). Au surplus la formule employée importe peu, du moment que la femme déclare céder ses droits et reprises, sa déclaration implique la subrogation à son hypothèque légale. Du reste comme le dit notre savant maître (2) « ce n'est pas la qualification plus ou moins exacte employée par les parties, mais leur volonté, telle que la manifestent les circonstances, qui détermine la nature vraie d'un contrat : *non sermoni res, sed rei sermo subjicitur*. »

II°. Dans quelles formes se réalise la publicité des subrogations à l'hypothèque légale de la femme ? La loi ne donnant aucun détail sur les formes dans lesquelles doit s'opérer la publicité de la subrogation, il faut procéder par analogie.

D'abord pas de difficulté au point de vue des personnes qui peuvent requérir la publicité. Comme la subrogation est une sorte d'hypothèque sur les droits de la femme, toute personne qui peut inscrire une hypothèque appartenant au subrogé, peut requérir la publicité de la subrogation.

Quant au lieu où elle doit être inscrite c'est celui où l'hypothèque l'a été ou doit l'être, en tant qu'elle frappe les immeubles sur lesquels a été consentie la subrogation.

Les conditions de délai sont celles qui s'imposeraient à l'inscription de toute hypothèque sur la femme elle-même.

Les formalités à remplir par le requérant sont celles que prescrit l'article 2148 c'est-à-dire la représentation

(1) Aubry et Rau, III, § 288 *bis*, note 20; Pont., n° 795.

(2) M. Beudant, *Revue critique*, XXVIII, 1866; *Des sous-ordres*, n° 46.

du titre de subrogation et de deux bordereaux. Toutefois en pratique si l'hypothèque légale de la femme est déjà inscrite, et si la subrogation doit être rendue publique par une mention faite en marge de l'inscription, le conservateur se contente de la présentation du titre constatant la subrogation et en extrait les énonciations nécessaires ; sa responsabilité se trouve dès lors aggravée (1).

Les mesures préparatoires remplies, en quelle forme se réalise la publicité de la subrogation ? L'art. 9, § 1, *in fine*, prévoit deux cas : 1° l'hypothèque légale de la femme n'est pas inscrite ; le subrogé doit la faire inscrire à son profit ; 2° l'hypothèque de la femme est inscrite avant la subrogation ; le subrogé fera mentionner la subrogation en marge de l'inscription préexistante.

1° Lorsqu'il s'agit, pour le subrogé, de faire inscrire l'hypothèque légale de la femme, qui ne l'a pas encore été, les énonciations que doit renfermer l'inscription sont celles prescrites par l'article 2148 et que nous avons étudiées en détail. Quant à la question de savoir s'il ne faut pas combiner avec elles les formalités prescrites par l'article 2153, puisque l'inscription fait connaître l'hypothèque de la femme en même temps qu'elle rend publique la subrogation, M. Mourlon distingue deux hypothèses (2). Si le subrogé a reçu mandat de requérir l'inscription dans l'intérêt de la subrogéeante comme dans le sien, il faut appliquer cumulativement les articles 2153 et 2148. Si, au contraire, le subrogé inscrit l'hypothèque légale de la femme dans son intérêt exclusif et en son nom propre, on ne peut exiger qu'il se préoccupe des détails nombreux qui, aux termes de l'article 2153, doivent com-

(1) Mourlon, *De la Transcription*, II, n° 1087.

(2) Mourlon, *De la Transcription*, II, n° 1054 et suiv.

poser l'inscription de l'hypothèque légale de la femme et qu'il ne connaîtra souvent pas.

2° Lorsque l'hypothèque légale de la femme est inscrite, la subrogation est rendue publique par une mention en marge de l'inscription. Les énonciations de cette mention doivent être toutes celles qui figure-raient dans une inscription d'hypothèque, et que requiert l'art. 2148.

Ces règles sont assez simples, mais la situation se complique dans l'hypothèse suivante, assez fréquente dans la pratique. Souvent la femme subroge à son hypothèque légale, un créancier du mari, auquel ce dernier accorde en même temps de son chef une hypothèque conventionnelle. De quelle manière le créancier doit-il rendre publique cette double sûreté? A-t-il le droit, à son choix, de mentionner la subrogation dans l'inscription de l'hypothèque conventionnelle concédée par le mari, ou de la publier séparément par le moyen de la mention ou de l'inscription dont parle l'article 9? Doit-il, au contraire, toujours publier séparément la subrogation par le moyen des formalités prescrites par cet article?

Un premier système pense que la mention de la subrogation dans l'inscription de l'hypothèque conventionnelle est suffisante. Cette opinion invoque la pratique suivie avant la loi de 1855, et d'après laquelle une seule inscription suffisait dans cette hypothèse. Renoncer à cette pratique serait compromettre des intérêts considérables. A cette considération pratique, on joint les arguments juridiques suivants : Cette inscription d'hypothèque conventionnelle mentionnant la subrogation est l'équivalent de deux inscriptions ; c'est une inscription collective contenant tous les renseignements utiles aux tiers, et que la loi ne proscriit pas,

D'autre part, la loi de 1855 étant muette sur les ques-

tions de forme, il faut se reporter aux précédents. Le rapporteur a dans son exposé des motifs, déclaré que l'on voulait sur ce point maintenir les dispositions adoptées en 1851, or en 1851, cette manière de procédure avait été expressément autorisée. Enfin on assure par là, aussi complètement que possible, la publicité qui est le but de la loi de 1855, puisqu'une seule formalité fait connaître aux tiers, tout à la fois l'hypothèque conventionnelle concédée par le mari, l'hypothèque légale de la femme et la subrogation qui a eu lieu (1).

D'après les partisans du second système, la mention de la subrogation dans l'inscription de l'hypothèque conventionnelle ne peut suffire. La subrogation doit être rendue publique séparément au moyen de l'inscription ou de la mention en marge prescrite par l'article 9. En effet, le texte est précis, il n'offre que deux moyens pour réaliser la publicité, et le subrogé doit s'y conformer. L'article 2148 semblant prévoir textuellement l'hypothèque d'un titre constitutif unique, paraît interdire l'inscription cumulative d'hypothèques, nées de titres différents et de nature diverse. Le créancier jouit de deux hypothèques, il doit les publier toutes deux. Du reste, ajoutent les partisans de ce système, il satisfait mieux que le premier au besoin de publicité, car une mention de la subrogation en marge de l'inscription d'hypothèque légale, ou une inscription prise pour publier la subrogation, frappera bien plus l'attention des tiers qu'une mention perdue dans une inscription ayant un tout autre objectif (2).

III°. — Les subrogés à l'hypothèque légale de la femme qui ont rendu la subrogation publique, conformément aux prescriptions de l'article 9, jouissent de toutes les prérogatives des créanciers inscrits. Ainsi,

(1) Pont., *Privil. et hypoth.*, n° 780 et suiv.

(2) Mourlon; *De la Transcription*, II, n° 1023 et suiv.

l'inscription ou la mention réalise définitivement la subrogation à l'égard des tiers, pour lesquels la publicité est nécessaire. Ces tiers sont les ayants-cause à titre particulier de la femme : acquéreurs ou donataires de ses reprises, créanciers, autres subrogés.

L'inscription ou la mention fixe le rang des subrogés successifs. Enfin, l'effet de la subrogation est conservé pendant dix ans. Bien entendu, si elle est publiée par une mention, la durée de celle-ci est liée à celle de l'inscription qu'elle modifie, et quand l'inscription est périmée, la mention l'est en même temps.

Nous avons ainsi terminé l'examen des réformes apportées par la loi du 23 mars 1855 au régime de la publicité des hypothèques, tel que l'organisait le Code civil. En exigeant la publicité des transmissions de propriété entre vifs, la loi de 1855 a fait un grand pas vers l'établissement d'une publicité efficace. En faisant cesser la clandestinité des hypothèques légales avec les faits qui pouvaient la motiver et la justifier, en exigeant la publicité des subrogations à l'hypothèque légale de la femme, la loi nouvelle a mis fin aux abus les plus criants de la législation antérieure.

Est-ce à dire que l'œuvre est complète et irréprochable ? on peut en douter. Il est des points que la loi de 1855 a laissé dans l'ombre. La clandestinité des hypothèques légales des incapables subsiste encore durant l'incapacité et la base même de la publicité, l'organisation des registres hypothécaires, n'a pas fait l'objet des préoccupations des législateurs de 1855.

L'hypothèque légale occulte est surtout l'objet des critiques les plus vives. Son existence elle-même est attaquée par d'excellents esprits et défendue avec autant de talent que de conviction. Nous avons fait con-

naître plus haut l'exposé de la question et nous n'y reviendrons pas.

La question de l'organisation des registres hypothécaires passionne moins les esprits, et pourtant elle nous semble de la dernière importance. Une organisation irréprochable des sources où le public puisera les renseignements est indispensable au fonctionnement d'un bon régime hypothécaire. Tant que ce problème ne sera pas résolu, toutes les tentatives faites en vue de raffermir le crédit réel seront inutiles. Faciliter le crédit hypothécaire en donnant au propriétaire les moyens les plus commodes pour se procurer de l'argent à bon marché et en assurant aux prêteurs les plus solides garanties, telle est la préoccupation des économistes. Avant tout, il faut songer à donner aux systèmes que l'on bâtit une base solide et on ne peut la trouver que dans une bonne organisation des registres hypothécaires.

La législation de l'Allemagne et en particulier celle de la Prusse étant assez dissemblables de la notre au point de vue du régime hypothécaire, notre intention est d'y étudier la publicité des hypothèques.

DEUXIÈME PARTIE

LÉGISLATION PRUSSIENNE

La propriété foncière eut de toute antiquité en Allemagne une importance plus considérable qu'à Rome. Les Germains se sentirent étroitement liés à la rude nature au milieu de laquelle ils vivaient et la *Mutter-Erde* fut leur déesse la plus vénérée. Adonnés à la chasse et à la guerre, ils dédaignaient le commerce et l'industrie, plaçant en temps de paix la source de leur fortune dans l'agriculture et l'élevage du bétail. Le mépris pour la fortune mobilière, *der fahrende habe*, fit de la richesse et de la propriété, deux conceptions dépendantes l'une de l'autre. Le courage des guerriers se récompensait par le don de terres, et les chefs établissaient leurs fidèles sur le sol conquis. Sûr de la puissance que lui donnait la possession, le Germain libre était solidement établi sur son *Eigen* (1). Quant aux non libres, ils cultivaient la terre de leur maître, attachés à la glèbe qui ne leur appartenait pas. L'homme libre seul étant capable d'avoir une propriété, on en arriva peu à peu à lier étroitement l'indépendance et le droit politique avec la possession de la terre.

La propriété du sol constituant le plus important

(1) De là : *Eigenthum*, propriété.

des droits privés, est essentiellement du domaine du droit public, et les tribus, *Gaugenossen*, veillent avec soin sur les destinées de la propriété. La commune qui ne voulait pas demeurer dans l'incertitude sur la situation politique de ses membres devait nécessairement traduire devant son *forum* tout changement dans la propriété. Aussi nous rencontrons de toute antiquité chez les Germains cette règle que la propriété sur les terres ne se transmet que par des actes publics.

A l'origine, le propriétaire déclare devant la tribu assemblée son intention d'abandonner la propriété, et l'acquéreur accepte en personne cette déclaration, une tradition symbolique complète la solennité. L'ensemble de ces formalités se nomme *investiture*, *vestitura*. La mise en possession est considérée comme accomplie par cet acte, et le nouveau propriétaire acquiert le droit de défense sur la propriété, *gewere*, sans considérer s'il a pris ou non possession.

Ces formes que nous venons de décrire ne tardent pas à se modifier, et les actes du XIII^e siècle indiquent ce changement, en même temps que les circonstances qui l'ont amené.

L'Allemagne s'était ouverte au commerce et un nouvel esprit la pénétrait. L'activité privée ne pouvait plus se contenter de l'acquisition des choses indispensables à la vie, le commerce, et l'industrie amenèrent une réaction en faveur de la *fahrende habe* et ouvrirent au travail des horizons jusqu'alors inconnus. Les rapports de droit des citoyens entre eux s'étendirent sous l'influence du commerce, l'intérêt de la commune se trouva diminué et son intervention directe se restreignit. Il fut dès lors nécessaire de transférer à des fonctionnaires publics les attributions dévolues autrefois à la commune toute entière. Avec l'introduction des juridictions spéciales qui n'étaient à l'origine

que les représentants des communes, la vieille institution de l'investiture perdit son importance pratique et le mot *investiture* ne fut plus usité que dans le droit féodal.

Désormais celui qui voulait vendre son *Eigen* ou son *Erbe* ne comparaisait plus devant la commune, mais devant le tribunal. Là le propriétaire actuel abandonnait, *auflassen*, sa propriété, l'acquéreur l'acceptait et le juge dressait un acte par écrit. *L'Auflassung* s'accomplissant ainsi dans le tribunal se dépouille du caractère de publicité de fait. Toutefois on n'en alla pas partout jusque-là. La conviction de la nécessité du caractère public des rapports de la propriété fit créer dans les villes un procédé destiné à remplacer la notoriété dont jouissaient autrefois les transmissions de propriété. Dans différentes villes, il était d'usage de tenir des registres publics, destinés à constater la possession des citoyens, on se servit de ces registres pour réaliser la publicité de fait qui faisait défaut à *l'Auflassung* opérée dans le tribunal. On inscrivit, *eintragen*, *l'Auflassung* et l'aliénation des propriétés dans le livre de l'impôt de la ville, *Stadtsteuerbuch*, ou dans le livre de l'impôt sur les héritages, *Erbesteuerbuch*.

Déjà au XIII^e siècle, dans quelques villes Hanséatiques, on exigea l'inscription, *Eintragung*, sur les registres publics, des mutations de propriété, en ce sens qu'on ne considérait comme propriétaire que celui qui était désigné sur les registres. Le caractère de *l'Auflassung* changea dès lors entièrement. D'après l'ancien droit, l'acte solennel ne manifestait pas seulement l'accord de volonté des contractants sur l'aliénation et l'acquisition de la propriété, mais opérait immédiatement transmission de la propriété à l'acquéreur. Dans le droit nouveau, *l'Auflassung* n'a plus d'autre but que la manifestation de la volonté d'aliéner

et d'acquérir, la propriété elle-même n'est transférée que par l'*Eintragung* dans les registres publics au nom de l'acquéreur (1).

Des villes Hanséatiques, cette institution ne tarda pas à s'étendre aux diverses contrées de l'Allemagne, modifiée il est vrai selon les circonstances auxquelles on l'adaptait, mais présentant toujours ce caractère que l'aliénation de la propriété doit s'accomplir et se prouver par des documents publics.

Les principes qui régissaient les mutations de la propriété furent appliqués à son grèvement et notamment à la constitution et au transfert du droit de gage.

Dans l'ancien droit germanique, le besoin de crédit ne se faisait que peu sentir pour la propriété, aussi ce n'est que plus tard que se développa la théorie des sûretés réelles.

La forme la plus ancienne de constitution du droit de gage sur les terres fut la *Satzung*, procédé analogue au *pignus* ou plutôt à l'*antichrèse*. A côté de la *Satzung* se développa dans les villes une institution particulière, la *rente perpétuelle*, *Rentenkauf*. Le propriétaire ayant d'après le droit germanique le droit de vendre une partie seulement de sa propriété, transférait à l'acheteur la rente du bien. Cette aliénation constituait au profit de l'acquéreur un droit de propriété spécial sur la chose à côté du droit du propriétaire.

L'ancienne *Satzung* se modifia par la suite, en ce sens que le constituant resta en possession du bien et que le créancier acquit un pur droit de gage. La *Satzung* ne pouvait comme la rente perpétuelle s'acquérir que par l'abandon, *Auflassung*. La transformation que subit l'*Auflassung* de la propriété s'appliqua

(1) Statuts de la ville d'Hambourg an 1270, st. 1, § 6, « *Schal id darmede scriven laten in der Stadt-erve-bock.* » — Statuts de Brême, an 1433, ad. 53.

aussi au développement de la théorie du gage. A côté des livres d'héritages, *Erbebücher*, on créa aussi des livres de rente, *Rentenbücher*. Les droits de rente et de *Satzung* consignés dans ces livres avaient la préférence sur les droits constitués *privatim*.

D'après les statuts de certaines villes, l'*Eintragung* devint même la condition indispensable de l'acquisition des droits réels (1). L'état réel des immeubles était ainsi rendu public. Quiconque voulait acquérir un immeuble ou prêter sur lui, pouvait prendre connaissance du droit du propriétaire sur cet immeuble et de la valeur des hypothèques qui pouvaient le grever. La base du livre hypothécaire était ainsi posée en même temps que les principes de publicité et de spécialité étaient reconnus.

Tandis qu'un crédit réel assis sur des bases solides s'établissait ainsi dans les villes de l'Allemagne, un mouvement de réaction s'opérait en faveur de la restauration du droit romain. La lutte de l'élément national contre les principes étrangers fut vive. Commencée au XIII^e siècle, elle se termina, deux siècles plus tard, par le triomphe du droit romain. La loi de procédure, *Reichs-Kammer-Gerichts-Ordnung*, de l'an 1495, considère le droit romain comme le droit commun de l'Empire et oblige les juges à s'en inspirer dans leurs arrêts.

Les institutions du pur droit allemand, l'*Auflassung* judiciaire, et les livres publics, *Erbebücher*, *Rentenbücher*, ne disparurent pas complètement pour cela, elles se maintinrent comme droit particulier dans les villes Hanséatiques (2).

Dans la plus grande partie de l'Empire, les rapports de la propriété et du crédit réel reçurent une grave

(1) *Hamburg, Goslar. Braunschweig*, etc.

(2) Les livres publics sont tenus sans interruption jusqu'à nos jours, à *Hambourg*, depuis 1248, et à *Lubeck*, depuis 1309.

atteinte de l'adoption de la théorie de la tradition et des hypothèques légales et tacites du droit romain. Ce ne fut qu'au XVIII^e siècle que l'on comprit les avantages qu'offrait au point de vue du crédit le droit germanique, et les lois prussiennes les premières revinrent aux anciennes coutumes. Il est vrai que ces lois n'admirent pas la théorie de l'*Auflassung*, mais elles prescrivirent l'*Eintragung* du propriétaire et lièrent, en écartant les droits de gage généraux et tacites, la validité de l'hypothèque à l'inscription dans l'*Hypothekenbuch*.

C'est à Hambourg et dans le Mecklembourg que l'ancien droit germanique se conserva le plus pur. On distingua toujours soigneusement le droit réel des rapports contractuels des parties. Les conséquences de cette distinction furent les suivantes :

1^o Le juge n'a pas à examiner le *negotium juris* qui sert de base à l'*Auflassung*, la validité de celle-ci n'est pas subordonnée à celle du *negotium*.

2^o L'hypothèque est indépendante de l'obligation personnelle, elle a sa base dans l'*Eintragung* obtenue avec le consentement du propriétaire.

3^o Le livre foncier, *Gründbuch*, et le livre hypothécaire, *Hypothekenbuch*, ont force probante, *öffentlichen Glauben*.

Les hypothèques tacites et générales sont interdites et le rang se fixe par l'ordre des inscriptions.

En Prusse, au XVIII^e siècle, le droit Romain dominant entravait le développement du crédit réel. Les plaintes répétées sur l'incertitude du droit de propriété et sur le manque de crédit réel amenèrent les pouvoirs publics à porter, par des dispositions spéciales, un remède à l'état de choses existant.

Un édit du 26 septembre 1693, applicable aux villes de résidence, Berlin, Cologne, etc... ordonna l'établissement du *livre d'héritage et de dépôt*, *Erb-und Lager-*

buch, et soumit à l'inscription sur ces livres la validité des titres de propriété et des hypothèques.

Frédéric I^{er} voulut étendre à tout son royaume le bénéfice de cette disposition et un édit du 20 septembre 1704 ordonna l'établissement dans toute la Prusse de, *Erb-und Lagerbücher*. Le côté fiscal de cet édit fut cause de son échec et un édit du 22 novembre 1704 révoqua celui du 20 septembre.

Une nouvelle loi sur l'hypothèque et la faillite, *Hypotheken-und Konkurs-Ordnung*, fut rendue par Frédéric Guillaume I^{er}, le 4 février 1722.

Le 4 août 1750 intervint une nouvelle loi sur la propriété et les hypothèques, *Allgemeine Land-und Hypotheken-Ordnung*, applicable à la province de Silésie mais dont une circulaire du 25 septembre 1750 recommandait l'application aux autres provinces.

Enfin une réforme radicale fut apportée pour le royaume tout entier par la loi du 20 décembre 1783, *Allgemeine Hypotheken-Ordnung*, qui a pour objectif principal le système hypothécaire. L'introduction de la loi indiquait que son but était : la fixation des droits de propriété et du crédit des possesseurs d'immeubles, la sûreté et la garantie des prêteurs, pour les prêts faits sur les immeubles. Pour atteindre ce but, l'*Hypotheken-Ordnung* renferme des prescriptions sur l'établissement du livre hypothécaire, elle indique les droits réels et les charges qui doivent y être inscrits, elle édicte les règles de l'inscription et de la radiation et enfin trace aux juridictions les règles à suivre dans les questions hypothécaires.

Toutes les propriétés doivent être inscrites dans le livre ; à chaque propriété est assignée une feuille séparée sur laquelle sont portées toutes les hypothèques et les charges réelles. Tous les changements dans l'état réel du fonds doivent y être soigneusement indiqués après que le juge a examiné l'existence et la

validité des actes présentés pour l'inscription. Tout possesseur inscrit à ce titre sur le livre doit être considéré comme le vrai propriétaire (1).

L'*Allgemeine-Hypotheken-Ordnung* proclamait donc les principes suivants :

1° Principe de la publicité réalisée par l'inscription, *Eintragung*.

2° Principe de la spécialité, c'est-à-dire, détermination du gage et de la créance, et exclusion de l'hypothèque générale.

3° Principe de la légalité consistant dans la constatation par le juge de l'existence du droit à l'inscription.

L'*Hypotheken-Ordnung* réalisait par l'application de ces principes le but qu'elle s'était proposé : à savoir la consolidation de la propriété et du crédit réel.

Le Code général prussien, *Allgemeines-Landrecht fur die preussischen Staaten*, publié le 1^{er} juin 1794, vint édicter pour l'acquisition de la propriété des règles qui rendirent « la publicité inférieure à celle qu'assurent aujourd'hui nos lois françaises (2) ».

Tandis que l'*Hypotheken-Ordnung* proclamait le principe de l'inscription, comme condition de l'acquisition de la propriété et des droits réels (3), les auteurs de l'*Allgemeines-Landrecht* se ralliaient au principe de la tradition du droit romain. En même temps qu'ils exigeaient la tradition pour l'acquisition de la propriété, ils voulaient fortifier cette propriété naturelle acquise par la tradition à l'aide de l'inscription, et pour cela ils prescrivaient l'inscription sans en faire la condition de l'acquisition de la propriété. Il s'en suivit que la jurisprudence décida que la propriété

(1) *Hypotheken-Ordnung*, I, §§ 6, 8, 41; II, §§ 11, 92, 109.

(2) Voir le savant article publié par M. Gide sur les lois hypothécaires prussiennes, dans l'*Annuaire de législation étrangère*, année 1873, p. 208 et suiv.

(3) *Hypotheken-Ordnung*, II, §§ 55, 92.

s'acquerrait désormais non par l'inscription, mais par la tradition. Sous l'empire de l'*Allgemeines-Landrecht* il fut donc possible d'admettre l'existence simultanée de deux propriétés sur la même chose. Le propriétaire inscrit au livre avait la propriété civile et par conséquent le droit de faire toutes les opérations qui n'étaient pas liées à la possession ; le propriétaire non inscrit, mais en possession, avait la propriété naturelle et jouissait exclusivement du droit de transférer la propriété, puisque la tradition était la condition essentielle de l'aliénation.

Il arriva fréquemment qu'une personne qui depuis longtemps n'était plus propriétaire demeura désignée comme telle dans l'*Hypothekenbuch*. Cette situation amena ce résultat fâcheux, que sur la seule foi de l'*Hypothekenbuch*, il ne fut plus possible d'acheter du propriétaire inscrit sans s'exposer à trouver après coup un propriétaire en possession. D'autre part, le propriétaire inscrit étant considéré comme vrai propriétaire à l'égard des créanciers hypothécaires, il pouvait arriver que le propriétaire en possession, mais non inscrit, se trouvait sans protection en face d'hypothèques consenties à son insu par le propriétaire inscrit dans l'*Hypothekenbuch*.

D'autre part l'*Allgemeines-Landrecht* fit une fausse application de la théorie de la *justa causa* dans la tradition. D'après le droit romain, la tradition opérait le transfert de la propriété, lorsque le vendeur et l'acquéreur étaient d'accord sur ce point. Peu importait la validité du *negotium juris* qui servait de base à la tradition, la volonté spéciale et réciproque d'aliéner et d'acquérir constituait uniquement la *justa causa*. Cette conception ne fut pas admise par les auteurs de l'*Allgemeines-Landrecht*, ils placèrent la *justa causa* dans la validité du *negotium juris* distinct de la tra

dition, ce *negotium* constituant le titre, et la tradition n'étant elle-même qu'un mode d'acquisition (1).

Enfin un dernier reproche que l'on peut adresser à l'*Allgemeines-Landrecht* est d'avoir accordé à la mauvaise foi une influence trop grande sur l'acquisition de la propriété. Il est certain que le droit repose sur des bases morales, qu'il doit autant que possible décourager le dol et la fraude, mais l'*Allgemeines-Landrecht* a été trop loin dans cette voie. Il décide que la connaissance par l'acquéreur de droits existants sur la chose suffit pour le faire considérer de mauvaise foi. D'après le droit commun l'acheteur n'a de droit qu'à l'encontre du vendeur, par conséquent si celui-ci vend la chose à un tiers et la lui transfère, il n'existe aucun lien de droit entre ce tiers et l'acquéreur primitif, l'*Allgemeines-Landrecht* décide que dans le cas où le second acquéreur connaissait le titre du premier, il doit être considéré comme de mauvaise foi, par le fait même de cette connaissance.

La conséquence en est que celui qui achète un bien, ou qui se fait constituer un droit réel du propriétaire inscrit à l'*Hypothekenbuch* ou du propriétaire en possession, se trouve évincé, si au moment de l'inscription ou de la prise de possession, il savait que son auteur avait déjà vendu à un tiers la propriété, ou consenti à ce tiers un droit réel sur la chose. Ainsi donc, un propriétaire, malgré son inscription à l'*Hypothekenbuch* peut être évincé par un propriétaire non inscrit et même par celui qui n'a sur l'immeuble qu'un droit de créance (2). L'erreur de cette conception consiste en ce qu'il est inexact de dire que la seule connaissance par l'acquéreur de l'existence d'un droit

(1) *Allgemeines-Landrecht*, liv. I, tit. 2, §§ 131, 132; tit. 9, §§ 1 à 6; tit. 10, §§ 1 et 2.

(2) *Allgemeines-Landrecht*, liv. I, tit. 10, §§ 18 à 20 et 23 à 25. — Liv. I, tit 19, §§ 4 à 6; — Voyez Gide, *loc. cit.* p. 209.

antérieur est équivalente à la *mala fides*. Cette doctrine du *Landrecht* est inconciliable avec le principe de la foi publique attribuée à l'*Hypothekenbuch*.

On voit, par ce rapide exposé, que l'*Allgemeines Landrecht* diminua considérablement, par l'incertitude qu'il fit peser sur la propriété, la publicité des droits réels si bien organisée par l'*Hypotheken Ordnung* de 1783.

Diverses modifications de détail furent introduites dans la législation hypothécaire prussienne de 1794 à 1840.

La première tentative de réforme radicale du régime hypothécaire fut faite par la *Kabinetsordre* du 12 juillet 1841, qui prescrivit des délibérations législatives sur les moyens de rendre les documents hypothécaires plus simples et plus faciles à consulter (1). Les travaux qui n'avancèrent que très lentement furent couronnés par la loi du 24 mai 1853, apportant quelques changements à l'*Hypotheken ordnung* de 1783. Cette loi simplifia la procédure en général, et la formation des titres d'hypothèque, elle limita les inscriptions d'office, mais n'entreprit aucune modification dans les dispositions fondamentales du droit existant.

Cette réforme insuffisante ne calma pas les plaintes des propriétaires et dans la séance du 23 avril 1857, la Chambre des seigneurs pria le gouvernement de présenter un projet de loi portant réforme du régime hypothécaire. Ce vœu fut d'abord mal accueilli par le gouvernement, et le ministre de la justice Simons combattit dans un mémoire du 12 avril 1858 les propositions de réforme de la Chambre des seigneurs. Cette opposition du gouvernement ne convainquit pas les représentants du peuple, et la Chambre des députés vota le 14 mars 1860 une résolution analogue à celle

(1) Hartmann, *das preussische immobilien Sachenrecht*, p. 8.

de la Chambre des seigneurs. Dans les sessions suivantes un projet de loi destiné à remplacer l'*Hypotheken Ordnung* de 1783 fut déposé par plusieurs députés mais ne pût être voté (1).

Sous cette pression, le Gouvernement finit par se décider à entrer dans la voie des réformes, et la *Kabinets-Ordre* du 25 février 1863 ordonna l'élaboration d'un projet de loi sur la réforme hypothécaire. Publié en 1864 par le ministère de la justice, ce projet soumis aux Cours et Facultés du royaume souleva tant de critiques, qu'il ne fut pas présenté au Parlement.

En 1867, le gouvernement déposa un projet de loi tendant à introduire les *Grund- und Hypotheken-Bücher* dans la nouvelle Poméranie et à Riga, ce projet reposait sur les principes dont l'introduction dans le droit commun était généralement demandée. Les deux Chambres admirèrent avec peu de modifications ce projet qui fut converti en loi le 21 mars 1868.

La rapidité et la facilité avec lesquelles ce projet parcourut les phases législatives prouve que le terrain était prêt pour de plus vastes réformes. Aussi l'année 1868 n'était pas terminée que le gouvernement avait déjà élaboré trois projets de loi : 1° un projet de règlement des ventes par autorité de justice, *Subhastations Ordnung*, 2° un projet de loi sur l'acquisition de la propriété et les charges réelles des immeubles, des mines et des droits indépendants, *Gesetz über den Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke, Bergwerke und Selbständigen Gerechtigkeiten*, 3° un projet de loi sur les hypothèques, *Hypotheken Ordnung*.

(1) Voir le rapport de la VIII^e commission de la chambre des seigneurs du 24 janvier 1872, p. 2 et 3; voir Werner, *die preussischen Grundbuch- und Hypotheken-Gesetze*, vom 5 mai 1872, *nebst Materialien*, liv. 2. p. 36 et 37.

Le projet sur la *Subhastations Ordnung* fut le premier discuté et acquit force de loi le 1 mai 1869.

Le second projet fut porté devant la Chambre des députés, le 30 novembre 1868 par le ministre de la justice, Leonhardt qui prononça en même temps un important discours sur la nécessité de la réforme (1). La Chambre des députés renvoya le projet à une commission au sein de laquelle M. Forster fit un exposé des principes généraux sur lesquels reposait le projet (2).

L'esprit de la réforme est indiqué dans les motifs du projet de loi (3), on voulut : 1° écarter la duplicité des droits sur la propriété consacrée par l'*Allgemeines Landrecht*, 2° augmenter l'importance de l'inscription pour l'acquisition de la propriété, établir le crédit immobilier sur une base sûre en déterminant d'une façon certaine par l'inscription, le droit de propriété; 3° détacher l'hypothèque de la dette personnelle qu'elle est destinée à garantir. On espérait à l'aide de cette dernière réforme : *a*) soustraire l'hypothèque à toutes les exceptions opposables à la créance, et rendre ainsi sa réalisation plus certaine, *b*) obtenir une simplification du titre hypothécaire et faciliter son transfert; *c*) donner au propriétaire la possibilité d'établir des hypothèques sur sa propre chose en son propre nom et de les transmettre ensuite à ses créanciers; *d*) restreindre le principe de légalité à l'examen des conditions essentielles pour l'inscription ou la radiation, en déchargeant les juges du soin de s'inquiéter de l'existence même du *negotium juris* qui doit donner naissance à l'inscription.

(1) Voir ce discours dans l'ouvrage « *Die preussischen Gesetz-entwürfe über Grundeigenthum und Hypothekenrecht.* » Berlin. 1869, p. 157.

(2) Voir l'ouvrage ci-dessus cité. p. 164.

(3) Voir Forster, « *Preussische Grundbuchrecht,* » p. 63.

Pour arriver à la réalisation de ces améliorations le projet abandonna la théorie de la tradition telle que l'avait entendue l'*Allgemeines Landrecht*, et sa conception bizarre de l'influence de la mauvaise foi dans le domaine des droits immobiliers. La naissance du droit sur l'immeuble fut liée intimement à l'inscription sur l'*Hypothekenbuch*. Il fut inutile de fournir la preuve du titre comme l'exigeait le *Landrecht*. La déclaration de volonté de l'inscrit fut suffisante pour motiver le droit d'un tiers à l'inscription.

La publicité de l'*Hypothekenbuch* se trouva ainsi réalisée et le principe de légalité limité à l'indispensable.

Tels sont les traits principaux du projet de loi sur l'acquisition de la propriété.

Quant au projet de loi sur les hypothèques, les divergences avec la législation existante sont les suivantes : 1° Les livres de la terre et de l'impôt des maisons, *Grund-und-Gebeaudsteuer-Bücher* devaient former désormais la base de l'*Hypothekenbuch* et cette disposition réalisait plus efficacement le principe de la spécialité de l'objet. 2° L'examen des questions hypothécaires était enlevé aux tribunaux pour être confié à un juge unique. 3° La forme des cessions, des mises en gage des hypothèques, des cessions de priorité était simplifiée. 4° La forme des titres hypothécaires était modifiée pour les rendre plus facilement cessibles (1).

A la fin de la session du *Landtag* les projets du gouvernement furent publiés. Le but de cette publication fut de provoquer les avis et les critiques des jurisconsultes et des hommes de pratique. Le résultat de ces critiques fut une révision des projets et une rédaction nouvelle qui fut soumise à la Chambre des députés dans la session de 1869-1870. Adoptée par celle-ci elle

(1) Voir *Die preussischen Gesetzentwürfe über Grundeigenthum und Hypothekenrecht*, p. 130 et 131.

allait être soumise à la Chambre des seigneurs quand éclata la guerre avec la France. Les travaux furent interrompus pendant un an.

La commission de la Chambre des seigneurs recommença en 1871 l'étude des projets auxquels elle apporta d'importantes modifications. Elle réclama la reconnaissance dans la loi de l'hypothèque accessoire du *Landrecht* à côté de l'hypothèque indépendante, *Grundschuld*, du projet de 1868. Elle adopta la substitution de la théorie de l'inscription à celle de la tradition pour l'acquisition de la propriété, mais elle se refusa à écarter l'influence de la mauvaise foi dans le domaine du droit immobilier. En outre elle revint aux prescriptions du *Landrecht*, en exigeant de fournir la preuve du titre qui servait de base à l'*Auflassung*. Les projets amendés furent renvoyés à la Chambre des députés et soumis à une nouvelle commission, qui accepta l'introduction dans la loi de l'hypothèque accessoire, mais repoussa les modifications proposées par la Chambre des seigneurs au sujet de la théorie de la mauvaise foi et de la preuve du titre servant de base à l'*Auflassung*. La Chambre des députés accepta les résolutions de sa commission et la Chambre des seigneurs pour ne pas prendre la responsabilité de l'échec de la loi, renonça aux changements qu'elle désirait et adopta les 19 et 20 mars 1872 les projets tels qu'ils étaient sortis des délibérations de l'autre Chambre.

Le 5 mai 1872 furent promulguées les quatre lois formant le nouveau code hypothécaire prussien.

1° La loi sur l'acquisition de la propriété immobilière et sur les droits réels immobiliers.

2° La loi sur les livres fonciers.

3° La loi concernant la division des immeubles.

4° La loi concernant les droits de mutation dus pour les actes sujets à l'inscription.

Avant d'entrer dans l'étude de la publicité des hypothèques qui est le but de notre travail, il nous semble indispensable de donner un rapide aperçu de l'ensemble de la législation prussienne sur l'acquisition de la propriété et des hypothèques.

La propriété s'acquiert, au cas d'une aliénation volontaire, par une inscription au livre foncier, *Grundbuch*, opérée à la suite d'un acte d'investiture, *Auflassung*. L'*Auflassung* consiste dans une double déclaration faite devant le juge du *Grundbuch*, *Grundbuchrichter* ; d'une part, le propriétaire inscrit consent à l'inscription du nouvel acquéreur, d'autre part ce dernier déclare qu'il veut être inscrit. L'investiture et l'inscription sont donc deux opérations connexes, elles se complètent réciproquement, et sont l'une et l'autre indispensables pour le transfert de la propriété. Si le propriétaire inscrit refuse de consentir à l'inscription de l'acquéreur, celui-ci devra obtenir un jugement contre le propriétaire, et ce jugement tiendra lieu d'investiture. Si une personne se trouve créancière d'un immeuble, et veut conserver son droit, comme elle ne peut le faire inscrire, elle aura le droit de demander l'insertion au livre foncier d'une *prénotation*, *Vormerkung*, qui rendra son droit de créance opposable aux tiers.

On le voit, ces principes sur l'acquisition de la propriété sont bien différents de ceux de notre droit civil. Chez nous, la propriété est transférée par le seul consentement des parties contractantes (art. 1138, Cod. civ.). La transcription prescrite par la loi de 1855 a pour but de consolider la propriété déjà acquise, non de la faire acquérir. En outre, tandis que la transcription indique seulement aux tiers qu'à telle époque, tel individu s'est rendu acquéreur de tel immeuble, et ne l'a pas aliéné depuis, l'*Eintragung* dans le *Grundbuch* donne aux tiers de bonne foi la certitude

du droit de propriété de l'acquéreur inscrit, cela en vertu du principe de la foi publique due au *Grundbuch*.

Un effet aussi important ne peut être attaché à l'inscription que si le transfert de la propriété est entouré de formes solennelles; aussi voyons-nous que l'*Auflassung* doit s'accomplir en présence du *Grundbuchrichter*, qui est un véritable juge; différence capitale avec notre législation, qui permet l'aliénation sans aucune formalité, et comme on dit vulgairement « sous le manteau de la cheminée. »

Il n'est pas besoin de faire ressortir les avantages que le système prussien présente au point de vue de la certitude sur la propriété. Le principe de la foi publique due au registre met les tiers de bonne foi à l'abri de toutes surprises; du moment qu'ils ont traité avec le propriétaire inscrit, ils n'ont rien à craindre, aucune annulation de l'inscription ne pouvant leur faire perdre les droits acquis de bonne foi. Si l'on ajoute à cet avantage celui qu'offre la tenue du *Grundbuch*, présentant le tableau complet de l'état juridique des fonds, on peut affirmer que la propriété est plus solidement assise en Prusse que chez nous.

En ce qui concerne les hypothèques, le projet de 1868 n'en admettait qu'un type unique. : l'hypothèque indépendante *Grundschild*. C'est sur les représentations de la Commission de la Chambre des seigneurs que l'hypothèque accessoire du *Landrecht* fut admise à côté de la *Grundschild*. Aujourd'hui donc ces deux types coexistent dans la législation prussienne.

L'hypothèque ordinaire est, suivant la conception du droit romain, un droit accessoire destiné à la garantie d'une obligation principale, et par conséquent soumise à la condition de validité de cette dernière.

La *Grundschild*, au contraire, est une charge indépendante, séparée du motif de la dette et qui n'a

d'autre fondement que l'inscription au *Grundbuch*. Dans le cas d'une *Grundschild*, le propriétaire n'est pas personnellement obligé, c'est l'immeuble seul qui répond de la dette.

La coexistence de ces deux institutions a détruit l'unité de la législation hypothécaire et amèné dans le règlement de leurs effets, des contradictions dues à l'influence des deux théories l'une sur l'autre. Pour ne citer qu'un exemple : si l'on suppose qu'il a été créé un certain nombre d'hypothèques sur un bien et si la dette garantie par la plus ancienne hypothèque est remboursée, cette hypothèque doit, d'après les principes de l'hypothèque accessoire disparaître avec la créance qu'elle garantit. Telle n'est pas la solution de la loi prussienne (art. 63 de la loi sur l'acquisition de la propriété), l'hypothèque subsiste et ne disparaîtra que par la radiation. Le propriétaire qui a désintéressé le créancier a en effet le choix entre deux partis, il peut : ou le payer purement et simplement et demander la radiation de l'hypothèque qui profitera aux autres créanciers ; ou lors du remboursement, exiger du créancier la cession de son titre qu'il lui sera loisible de céder ensuite à un autre créancier. On le voit, les principes de l'hypothèque indépendante réagissent ici sur l'hypothèque accessoire et comme le fait justement remarquer M. Gide (1), « de la combinaison de ces principes contradictoires, il résulte que nous avons ici une sorte de droit mixte, dette foncière quant au fonds, hypothèque quant à la forme et aux conditions de transfert. »

Ces deux types d'hypothèques s'établissent par un mode unique : l'inscription au livre foncier. L'inscription de l'hypothèque ou de la dette foncière du droit prussien est une toute autre institution que l'inscrip-

(1) M. Gide, *loco citato*, p. 234. note 2.

tion de l'hypothèque du droit français. Chez nous, l'inscription n'est pas la condition préliminaire de la naissance de l'hypothèque, elle conserve seulement aux hypothèques soumises à la nécessité de l'inscription leur rang de priorité vis-à-vis des autres créanciers du débiteur et le droit de poursuite contre les tiers. D'après notre droit les hypothèques deviennent efficaces à l'égard du débiteur et de ses héritiers non par l'inscription mais par la convention. C'est pourquoi nous avons au début de notre étude de la publicité en droit français, soigneusement distingué l'inscription de la constitution elle-même de l'hypothèque. Cette distinction n'est pas à faire en droit prussien. L'hypothèque n'y existe que par l'inscription et ce n'est pas seulement son effet à l'égard des tiers qui dépend de l'inscription, mais la création du rapport de droit entre les parties elles-mêmes. L'inscription joue donc en droit prussien un rôle plus important qu'en droit français, puisqu'elle donne naissance à l'hypothèque elle-même.

Nous diviserons cette étude de la publicité des hypothèques dans la législation prussienne en trois chapitres consacrés à l'examen : 1° des formalités préliminaires de l'inscription ; 2° de la réalisation de l'inscription ; 3° des effets de l'inscription.

CHAPITRE PREMIER

Des formalités préliminaires de l'inscription

L'article 18 de la loi sur l'acquisition de la propriété et des droits réels, dispose que : « l'hypothèque et la dette foncière s'établissent par une inscription au livre foncier. »

Du moment donc qu'une hypothèque ou une dette foncière est inscrite sur le *Grundbuch* elle est acquise au créancier. Il faut toutefois combiner avec cette règle les dispositions édictées par la loi au sujet de la bonne foi, et desquelles il résulte que : si un créancier obtient une inscription d'hypothèque ou de dette foncière contre un individu inscrit au *Grundbuch* comme propriétaire, mais qu'il sait n'avoir pas cette qualité, il n'acquiert pas par l'inscription un droit d'hypothèque ou de dette foncière contre le vrai propriétaire. En effet celui-là n'est pas de bonne foi qui se fait consentir une hypothèque ou une dette foncière par son débiteur qu'il sait inscrit sans droit au *Grundbuch* (1).

Toutes les hypothèques sont en droit prussien soumises à cette nécessité de l'inscription, même les hypothèques légales. Les incapables jouissent seulement d'un titre légal qui leur confère le droit d'inscrire une hypothèque. Les hypothèques qui doivent être inscrites

(1) C'est l'application des dispositions de l'*Allgemeines Landrecht*, I, tit. 10, § 10; et tit. 20, § 410, qui ne sont pas abrogées.

sur le fondement d'un titre légal sont soumises aux conditions exigées pour la naissance d'une hypothèque ordinaire. L'inscription des hypothèques légales a lieu seulement à la suite d'une demande et leur rang se fixe par la date de l'inscription.

L'article 30 de la loi sur les livres fonciers « sauf les cas déterminés par la loi, il ne sera procédé aux inscriptions que sur la demande des parties » pose la règle générale applicable à toutes les inscriptions tant de propriété que de droits réels.

En vertu de cette règle le *Grundbuchrichter* ne peut agir *proprio motu* mais seulement sur la demande d'une partie intéressée à l'inscription. Toute inscription présuppose donc une demande, et cette demande ne peut avoir lieu qu'avec l'autorisation de celui dont la propriété est grevée, ou qui se dépouille d'un droit ; c'est l'application du principe du consentement, *Consensprincip*, adopté par le législateur de 1872.

SECTION I^{re}. — Qui peut faire la demande d'inscription

I.— Le propriétaire inscrit peut demander au *Grundbuchrichter* l'inscription sur son bien d'une hypothèque qu'il a consentie à son créancier ; il peut aussi faire inscrire des dettes foncières, *Grundschulden*, sur sa propriété, non-seulement au nom d'un tiers, mais en son nom propre (art. 27 de la loi sur l'acquisition de la propriété). Quand le propriétaire fait ainsi lui-même la demande d'inscription, cette demande renferme l'autorisation, comme le dit Johow « la demande est

dans ce cas l'expression la plus énergique de l'autorisation »

II.— Le créancier, muni de l'autorisation du propriétaire inscrit ou requérant en même temps l'inscription, peut faire la demande d'inscription.

En droit français, le créancier qui requiert l'inscription d'une hypothèque, a seulement besoin de présenter au conservateur des hypothèques l'original ou une expédition authentique du jugement ou de l'acte qui donne naissance à l'hypothèque (art. 2148 code civ.), il n'a pas besoin de justifier de l'autorisation du propriétaire de l'immeuble. Cette autorisation ne se comprendrait du reste pas, puisqu'au moment de l'inscription le rôle du propriétaire est entièrement terminé et qu'il n'a ni à autoriser, ni à interdire l'inscription de l'hypothèque qu'il a antérieurement consentie.

D'après la loi prussienne, au contraire, le consentement du propriétaire inscrit dans le *Grundbuch* est indispensable pour l'inscription de l'hypothèque ou de la dette foncière. Ce principe s'applique même dans les cas où le débiteur est obligé de subir l'inscription sur l'immeuble qui lui appartient, ainsi, la présentation d'un titre d'hypothèque légale (1) n'affranchit pas le créancier de la nécessité de prouver l'autorisation du propriétaire. Cette exigence se comprend bien, si l'on se rappelle ce que nous avons dit plus haut, à savoir que c'est l'inscription elle-même qui donne naissance à l'hypothèque et à la dette foncière.

Si le propriétaire refuse de donner amiablement l'autorisation, le créancier n'a d'autre ressource que de faire inscrire une prénotation, *Vormerkung* pour conserver son rang dans le *Grundbuch* et d'intenter contre le propriétaire une action en justice pour obte-

(1) Voir *Allgemeines-Landrecht*, I, tit. 11, § 972, tit. 12, § 290, etc.

nir contre lui un jugement le condamnant à l'inscription de l'hypothèque ou de la dette foncière.

L'autorisation d'inscription peut être donnée par le propriétaire, soit oralement devant le *Grundbuchrichter* soit par acte notarié.

Lorsque l'immeuble appartient par indivis à plusieurs copropriétaires, l'inscription qui doit frapper l'immeuble entier doit être autorisée par tous les copropriétaires, le créancier n'acquiert par l'inscription aucun droit contre ceux d'entre eux qui ont refusé l'autorisation.

Pour que l'hypothèque ou la dette foncière soit valablement constituée, l'inscription doit être autorisée par le propriétaire *inscrit*, la loi ajoute : « *ou qui requiert en même temps son inscription.* » Ces mots furent insérés dans la loi par la commission de la Chambre des seigneurs. Elle fit remarquer que, si l'inscription de l'hypothèque ou de la dette foncière ne peut être prise dans le *Grundbuch* qu'après l'inscription du propriétaire, il n'y a pas de raison pour interdire à un propriétaire d'autoriser valablement l'inscription d'une hypothèque ou d'une dette foncière sur un immeuble dont il a hérité, ou qu'il a acheté, avant même son inscription au *Grundbuch*, pourvu qu'il la requière en même temps qu'il donne l'autorisation d'inscription de l'hypothèque ou de la dette foncière. C'est ainsi que l'autorisation d'inscrire une hypothèque ou une dette foncière pour garantie d'un prix de vente non payé peut être donnée valablement par un acheteur, au moment même de l'*Auflassung*, pourvu que le *Grundbuchrichter* au moment où il prend inscription de l'hypothèque ou de la dette foncière inscrive en même temps dans le *Grundbuch* le constituant de la charge réelle comme propriétaire du bien.

Quand la loi fait dépendre de l'autorisation du

propriétaire la validité de l'inscription, elle applique à la constitution de l'hypothèque ou de la dette foncière, le principe du consentement qui domine la théorie de l'acquisition de la propriété. De ce principe il résulte : d'une part, que l'autorisation du propriétaire à l'inscription est nécessaire, c'est à dire qu'elle ne peut-être remplacée que par un jugement, ou la réquisition d'une autorité compétente ; d'autre part qu'elle est suffisante, c'est-à-dire qu'il est inutile de mentionner sa cause. Il est toutefois fait exception pour l'hypothèque : le propriétaire qui autorise l'inscription de l'hypothèque doit indiquer en même temps la *causa debiti* (art. 19, § 1) et le titre de créance doit être présenté au Conservateur.

En permettant au créancier muni de l'autorisation du propriétaire, de demander l'inscription d'une hypothèque ou d'une dette foncière, nous avons suivi l'opinion la plus généralement admise par les jurisconsultes prussiens. Cette solution est vivement combattue par des auteurs considérables, en tête des quels nous trouvons Bahlmann (1) et Forster (2).

Pour ces auteurs, le créancier muni de son titre et de l'autorisation du propriétaire inscrit, n'est pas en droit de demander l'inscription de l'hypothèque ou de la dette foncière, c'est le propriétaire lui-même qui doit demander l'inscription devant le *Grundbuchrichter* (3) Bahlmann tire argument du projet

(1) Bahlmann, *Grundbuchrecht*, p. 93.

(2) Forster, *Preussische Privatrecht*, § 198.

(3) La traduction donnée par M. Gide, *loc. cit.*, p. 222, de l'article 19, § 1 de la loi sur l'acquisition de la propriété, qui est le siège de cette discussion, pourrait faire croire que M. Gide a pris parti sur cette question en faveur de l'opinion de Bahlmann. En effet, voici sa traduction : art. 19, l'inscription s'opère : 1° sur la demande du propriétaire déjà inscrit ou requérant en même temps son inscription. Cette demande peut être faite, etc. — Il nous semble plus exact de traduire le mot « *bewilligt* » du texte par « *autoriser* » d'autant plus que lors du projet de 1869 on pro-

de 1864, et de la loi de 1868 pour la nouvelle Poméranie, ainsi que des lois de Hambourg, Lubeck et Mecklembourg. A Hambourg en effet (loi du 4 décembre 1868, § 4), l'inscription de l'hypothèque ne peut avoir lieu que si elle est *demandée* par le propriétaire lui-même devant le *Buchbehörde*. Lors de la rédaction du projet d'où sortit la loi sur l'acquisition de la propriété, ou emprunta cette disposition du droit de Hambourg et on décida que l'inscription d'une hypothèque ou d'une dette foncière serait subordonnée à la *demande* du propriétaire. C'est en conformité de cette idée que le § 122 de la loi sur les livres fonciers, ordonne la délivrance d'un bon hypothécaire au propriétaire qui *aura requis* l'inscription, et que la loi du timbre du 5 mai 1872, § 8, désigne comme frappée du timbre, non pas *l'autorisation* mais *la demande* d'inscription du propriétaire. Ces textes sont invoqués par Bahlmann en faveur de son opinion ainsi que les §§ 92 et 100 de la loi sur les livres fonciers, aux termes desquels la radiation des inscriptions portées aux deuxième et troisième sections du livre foncier ne pourra avoir lieu que sur *la demande* du propriétaire inscrit. Enfin Bahlmann prétend que cette exigence d'une intervention personnelle du propriétaire se justifie par la nécessité de lui donner une sécurité complète, que ce but ne peut être atteint qu'en obligeant le propriétaire à déclarer sa volonté, relativement à l'inscription devant le *Grundbuchrichter*.

La majorité des auteurs et parmi eux Koch, Achilles, Werner, Dernburg, repoussent l'opinion de

posait le mot « *beantragt* » qui signifie littéralement « *demander* » et que dans la rédaction définitive « *beantragt* » est remplacé par « *bewilligt*. » Nous proposerions donc la traduction suivante : art. 19, l'inscription s'opère : 1° avec *l'autorisation* du propriétaire déjà inscrit ou requérant en même temps son inscription. Cette *autorisation* peut être donnée, etc.

Bahlmann et décident que le créancier muni de son titre et de l'autorisation du propriétaire peut demander l'inscription de l'hypothèque ou la dette foncière. Le principal argument est tiré du texte même de l'article 19, § 1 et des modifications qu'il a reçues au cours de la discussion de la loi. Le projet de 1869 contenait le mot, *beantragt, demande*, et par conséquent décidait expressément que l'inscription devait avoir lieu sur la *demande* du propriétaire. Lors de la deuxième rédaction on remplaça le mot, *beantragt*, par, *bewilligt, autorise*, il n'est donc pas douteux que le législateur prussien a par ce changement rejeté le formalisme du droit de Hambourg, auquel le projet s'était rallié. On peut du reste invoquer l'analogie du procédé édicté pour l'inscription d'un droit réel immobilier (art 13 de la loi sur l'acquisition de la propriété. Dans ce cas il suffit de la demande du concessionnaire *autorisé* par le propriétaire. En outre dans le § 2 de l'art. 19 on voit que la demande peut-être faite par le *créancier muni d'un jugement* qui condamne le propriétaire inscrit à permettre l'inscription de l'hypothèque ou de la dette foncière, or ce jugement tient lieu de *l'autorisation* du propriétaire. Il est vrai que l'on rencontre dans la loi sur les livres fonciers, art. 92, 100, 122 et dans la loi du timbre article 8 des dispositions supposant la nécessité de la *demande* du propriétaire. Ces divergences peuvent s'expliquer par un oubli du législateur qui a négligé de mettre ces textes en harmonie avec l'art. 19(1). Quant à l'argument que Bahlmann tire de ce fait que l'intérêt du propriétaire exige de sa part une manifestation formelle de volonté, les auteurs du système que nous exposons l'écartent, en disant que son autorisation de prendre l'inscription suffit. En effet dans l'autorisation d'inscrire émanée du propriétaire

(1) Koch. *Allgemeines-Landrecht*, t. II, p. 735.

se trouve contenue implicitement une procuration pour prendre l'inscription, et l'attention du propriétaire est suffisamment éveillée par ce fait qu'il donne expressément à son créancier l'*autorisation* de prendre inscription de l'hypothèque ou de la dette foncière.

Nous avons examiné le cas où le créancier demande l'inscription de l'hypothèque ou de la dette foncière muni de l'autorisation du propriétaire inscrit. Si le propriétaire refuse de donner cette autorisation, le créancier le poursuivra judiciairement, et l'art. 19, § 2, nous dit que « le créancier muni d'un jugement définitif qui condamne le propriétaire inscrit à établir l'hypothèque ou la dette foncière peut demander son inscription. » Ce cas ne présente pas de difficulté, la décision judiciaire tient ici lieu de la volonté du propriétaire.

Si c'est un propriétaire non inscrit qui est condamné à l'établissement d'une hypothèque ou d'une dette foncière, il peut être contraint à l'inscription : 1° sur la réquisition d'une autorité compétente ; 2° sur la demande de toute personne ayant sur l'immeuble un droit réel et voulant le faire inscrire (art. 55 et 56 de la loi sur les livres fonciers.)

Le propriétaire inscrit ou le créancier qui acquiert une hypothèque ou une dette foncière peuvent faire présenter la demande d'inscription par un tiers. Mais tandis qu'en droit français aucune forme n'est exigée pour ce mandat, qui peut être écrit ou verbal, d'après l'art. 37 de la loi sur les livres fonciers : « toute personne formant une demande d'inscription au nom d'autrui devra être munie d'une procuration authentique ou dûment certifiée. » Une seule exception existe en faveur des notaires, qui aux termes de l'art. 36 de la même loi, « n'ont besoin d'aucun mandat spécial pour former une demande d'inscription au nom de la partie intéressée. »

III. — La demande peut être faite par une autorité compétente (art. 19, § 3, de la loi sur l'acquisition de la propriété). Ces autorités compétentes sont celles à qui la loi a attribué le devoir de faire inscrire dans le *Grundbuch* des droits à l'encontre des propriétaires. Ainsi l'hypothèque judiciaire destinée à assurer l'exécution des jugements est inscrite sur la réquisition du juge, *Prozetsrichter*. D'après l'art. 22 de l'ordonnance *sur l'exécution des jugements en matière civile* du 4 mars 1834, le créancier a le droit de demander au juge l'inscription dans l'*Hypothekenbuch*, et c'est le juge qui fera la réquisition d'inscription devant le bureau d'hypothèque, en fournissant une expédition du jugement et en y joignant le titre du créancier, s'il en existe un.

Enfin le *Grundbuchrichter* ne pourrait *proprio motu* prendre inscription d'une hypothèque ou d'une dette foncière, sauf dans les cas prévus par les articles 64, 66, 67, 69, 97, 112 et 118 de la loi sur les livres fonciers.

SECTION II. — Formes de la demande d'inscription.

§ I. — Que doit contenir la demande d'inscription

Art. 23, de la loi sur l'acquisition de la propriété. Toute demande d'inscription d'une hypothèque ou d'une dette foncière doit contenir :

1° Le nom du créancier : la loi indique par cette exigence qu'elle repousse la création de titre hypothécaire, *Hypothekenbrief*, et de lettres de dettes foncières, *Grundschedbrief*, au porteur. Toutefois il faut remarquer que l'art. 55 de la loi sur l'acquisition de la pro-

priété, permettant la cession en blanc du bon foncier, lui donne une facilité de circulation comparable à celle du titre au porteur. La loi française exige aussi la désignation du créancier dans les bordereaux prescrits par l'art. 2148.

2° La désignation de l'immeuble : cette énonciation exigée aussi par l'art. 2148, 5° du Code civil, est destinée à assurer la spécialité de l'immeuble hypothéqué. Il faut que l'immeuble soit suffisamment désigné pour être facilement reconnaissable. On admet comme suffisante la désignation du bien d'après les indications du *Grundbuch* et le numéro de la feuille sur laquelle il est porté au livre foncier. Il n'est pas nécessaire de présenter la description des immeubles d'après le cadastre.

Nous avons vu que l'hypothèque ou la dette foncière consentie par un propriétaire par indivis d'un immeuble ne peut grever que la part indivise appartenant au grevant dans l'immeuble, et qu'elle ne peut être opposable aux autres copropriétaires que s'ils ont autorisé l'inscription. Le débiteur inscrit au *Grundbuch* comme propriétaire de la totalité d'un immeuble, ne peut grever que tout l'immeuble à la fois, il ne peut consentir une hypothèque sur une part divise. En effet, l'immeuble inscrit au *Grundbuch* forme une unité juridique qui ne peut être partagée légalement que par l'inscription de ces parts divises sur une feuille distincte du *Grundbuch*. Par conséquent, si un propriétaire ne veut grever qu'une part déterminée de son immeuble, l'inscription de l'hypothèque ou de la dette foncière sur cette part n'est possible, que si au préalable la partie que veut engager le propriétaire a été détachée de l'immeuble principal et inscrite sur une feuille distincte du *Grundbuch*. (1). L'avantage pratique de cette disposition est de conserver à la feuille du

(1) Dernburg. *Lehrbuch des preussischen Privatrechts*, tom. I. p. 405, note 7.

Grundbuch sa simplicité indispensable pour procurer une vue d'ensemble de l'état des fonds.

3° L'estimation du montant de la créance en monnaie légale : cette disposition qui fait aussi l'objet du § 4 de l'article 2148 du Code civil, est de la dernière importance, les tiers étant intéressés à connaître dans quelle mesure la valeur de l'immeuble engagé est diminuée. Cette estimation doit être faite en monnaie légale, pour offrir d'un seul coup d'œil et sans évaluation, la valeur que les charges laissent à l'immeuble. Si le montant de la créance est encore indéterminé au moment de l'inscription, l'inscription doit être prise pour la plus forte somme que l'immeuble doit garantir (art. 24 de la loi sur l'acquisition de la propriété).

4° L'indication du taux des intérêts et de l'époque où ils commencent à courir, ou la mention que la créance ne porte pas d'intérêts. Cette indication est nécessaire pour permettre la spécialisation complète de la créance garantie par l'inscription.

5° La date de l'échéance ou les conditions du remboursement : cette exigence ne se rencontrait pas dans la loi du 24 mai 1853, elle résulte aussi de l'application rigoureuse du principe de la spécialité.

§ II. --- A quelle époque doit être faite la demande d'inscription

Cette question se scinde en deux autres : *à partir de quelle époque et jusqu'à quelle époque peut se prendre l'inscription*. Nous l'avons longuement étudiée à propos de l'inscription de l'hypothèque dans notre législation et cette étude était nécessaire pour exposer la théorie d'ensemble de la publicité en droit Français. D'après

la théorie de notre droit, l'inscription étant complètement distincte de la naissance de l'hypothèque qui doit la précéder, il était nécessaire de fixer exactement l'époque où une hypothèque existante peut utilement être inscrite. En droit prussien, au contraire, l'inscription étant la condition même de l'existence de l'hypothèque, se demander à quel moment l'inscription peut être prise, c'est se poser la question de savoir à partir de quel moment et jusqu'à quelle époque peut être constituée une hypothèque. Cette étude sort des limites de notre sujet et exige une connaissance approfondie de la législation prussienne, connaissance que nous ayons ne pas posséder.

§ III. — Où et comment se fait la demande d'inscription

En France toute personne qui demande l'inscription d'une hypothèque doit s'adresser à la conservation des hypothèques de l'arrondissement où sont situés les biens, et sur le vu des pièces exigées par la loi, le conservateur des hypothèques doit procéder à l'inscription, sans avoir à examiner les actes qui lui sont présentés. Notre conservateur des hypothèques n'est en effet qu'un fonctionnaire de l'ordre administratif et non pas un juge. En Prusse, le devoir du conservateur des hypothèques, *Grundbuchrichter*, est tout autre, et cela tient à son caractère de fonctionnaire de l'ordre judiciaire.

Avant la loi de 1872 la tenue des registres hypothécaires était confiée à un collège de juges constituant une chambre du tribunal. C'est devant ce collège de juges que devaient être présentées les demandes d'inscription des hypothèques. Le devoir de ces collèges était d'examiner la validité du *negotium juris* qui servait de cause à l'hypothèque et de refuser l'inscription si ce *negotium* était entaché d'un vice

quelconque. C'était l'application complète du principe de légalité.

La *Grundbuch-Ordnung* de 1872 se refusa à admettre ce principe dans toute son étendue, et il n'y eut dès lors plus de raison pour confier la tenue des registres hypothécaires à un collège de juges. Pour arriver à un maniement plus simple et plus rapide des affaires, une seule personne fut chargée de la conservation des livres fonciers, le *Grundbuchrichter*. Choisi parmi les juges du siège sur la proposition du président de la Cour d'appel, le *Grundbuchrichter* conserve le caractère de juge. Son devoir n'est plus d'examiner, comme le faisait autrefois le collège de juges, la validité du *negotium juris* qui sert de base à l'hypothèque, il n'a plus à prononcer sur ce point un véritable jugement, mais il conserve le droit de refuser l'inscription si les conditions que la loi exige pour la validité de l'inscription elle-même ne sont pas accomplies.

C'est donc devant le *Grundbuchrichter* établi dans chaque chef-lieu de ressort judiciaire que doit être présentée la demande d'inscription d'une hypothèque ou d'une dette foncière (art. 20 de la loi sur les livres fonciers).

La demande d'inscription peut-être faite oralement ou par écrit (art. 31). Les demandes orales doivent être reçues par le *Grundbuchrichter* lui-même (art. 32) il ne peut se faire remplacer dans ce cas par son greffier, *Buchführer*. Quant aux demandes écrites qui peuvent être reçues indifféremment par le *Grundbuchrichter* ou par son greffier, elles doivent être faites en la forme authentique et dûment certifiées. Le *Grundbuchrichter* saisi d'une demande d'inscription conforme aux règles posées par l'article 23 de la loi sur l'acquisition de la propriété, que nous avons étudié plus haut, n'est pas obligé de déférer immédiatement

à la volonté du requérant et de prendre l'inscription, comme le fait le conservateur des hypothèques français. Il doit se convaincre d'abord de la capacité d'agir et de disposer des personnes qui se présentent devant lui, de leur identité (art. 46). A cet effet, il doit examiner : si la demande est basée sur une autorisation émanant de celui qui a seul qualité pour la donner, à supposer que la demande ne provienne pas du propriétaire; si le droit dont on demande l'inscription est à même d'être inscrit; si la précision nécessaire et le sérieux de la volonté résultent de la demande et de l'autorisation; si celui qui fait la demande, ou qui a donné l'autorisation était compétent pour le faire, et s'il a la capacité personnelle d'agir. Mais il ne peut se baser sur les vices du titre qui a servi de fondement au consentement à l'inscription pour refuser l'inscription (art. 46, 2°). Si à la suite de cet examen, il juge que toutes les conditions exigées par la loi ne lui paraissent pas remplies, il a le droit de refuser l'inscription, sauf recours contre ses décisions devant la Cour d'appel qui jugera souverainement (art. 24 de la loi sur les livres fonciers).

Telles sont les limites dans lesquelles la *Grundbuch Ordnung* de 1872 a restreint le principe de légalité, que la législation antérieure acceptait avec toutes ses conséquences.

Toutefois il faut signaler une difficulté qui se rencontre à propos de l'inscription d'une hypothèque proprement dite. D'après l'art. 19 de la loi sur l'acquisition de la propriété, l'inscription d'une hypothèque proprement dite ne peut avoir lieu que si l'autorisation d'inscrire contient l'indication de la créance en sûreté de laquelle l'hypothèque est garantie, (c'est-à-dire le motif de la dette), et si le titre de créance est présenté au *Grundbuchrichter*. Il semble bien résulter de ce texte que l'indication de la *causa debendi* est dans le

cas d'une hypothèque proprement dite, une condition de l'autorisation d'inscription, et qu'on devra considérer le *Grundbuchrichter* comme obligé de rechercher si le motif de la dette indiqué par l'autorisation est conforme au titre de créance qui doit lui être présenté. La solution contraire est toutefois soutenue par certains auteurs.

L'examen des divers points imposés par la loi au *Grundbuchrichter* peut être cause qu'un intervalle peut se produire entre le dépôt de la demande d'inscription et l'inscription elle-même. Pour éviter que le créancier ne soit lésé par ces retards, la loi décide que quelle que soit l'époque ultérieure à laquelle se réalise l'inscription, elle rétroagira au moment du dépôt de la demande. Cette règle s'applique aux demandes conformes aux exigences de la loi, c'est-à-dire en état d'être inscrites de suite. Si le conservateur repousse la demande d'inscription pour un vice quelconque, et si d'autres demandes d'inscription se présentent, ces dernières obtiennent la priorité sur les premières. Le seul moyen offert à l'intéressé, s'il ne lui est pas possible de faire de suite la justification de la régularité de sa demande d'inscription, est de demander l'insertion d'une *prénotation* dans le *Grundbuch*, pour conserver son rang.

SECTION III. — De la prénotation.

Nous avons déjà parlé plusieurs fois, au cours de ce travail, de la *prénotation*, *Vormerkung*; il nous semble indispensable, pour être complet, de dire quelques mots de cette institution qui complète le système de l'inscription tel que le pose la loi prussienne. Le système de

prénotations est inconnu dans notre droit français; il est en Prusse la conséquence forcée du principe de la foi absolue due au registre foncier. En effet, la *prénotation* est la formalité indispensable pour la conservation vis-à-vis des tiers de tout droit éventuel et de tout droit prétendu sur un immeuble. Elle rend publics les droits non définitivement acquis et ceux qui ne sont point reconnus, c'est « la publicité des espérances et des prétentions combinée avec la publicité du droit de propriété et des hypothèques. »

Aux termes de l'article 22 de la loi sur l'acquisition de la propriété, tout créancier qui prétend à une hypothèque ou à une dette foncière sur un immeuble, sans pouvoir obtenir immédiatement l'inscription de son droit, peut, avec l'autorisation du tribunal, faire insérer au livre foncier une *prénotation* sur l'immeuble de son débiteur. De même, tout fonctionnaire légalement autorisé à requérir l'inscription contre le propriétaire peut requérir contre lui l'insertion d'une *prénotation*.

La demande d'insertion au livre foncier d'une *prénotation* destinée à assurer le rang d'une hypothèque peut se présenter dans deux cas : 1° Le requérant de la *prénotation* prétend que le propriétaire inscrit est tenu de lui constituer une hypothèque ou une dette foncière; par exemple, il a un titre d'hypothèque, mais le débiteur conteste ce titre. Dans ce cas, la *prénotation* sert à la conservation d'un droit déjà existant; 2° Le requérant de la *prénotation* prétend qu'il a contre le propriétaire inscrit une créance déjà échue, il n'a pas, dès à présent, de titre d'hypothèque, mais il veut se réserver la possibilité de prendre inscription d'une hypothèque, dès que son débiteur sera condamné au paiement. C'est pour assurer ce droit éventuel à l'inscription après le jugement qu'il demande l'insertion d'une *prénotation*, c'était déjà la solution donnée par l'art. 52 de la loi du 24 mai 1853.

Les *prénotations* pour la conservation d'une hypothèque ou d'une dette foncière sont insérées au *Grundbuch* sur la demande du créancier. Le consentement du débiteur n'est pas exigé, mais le requérant doit être muni de l'autorisation du tribunal (art. 22). Cette autorisation n'est donnée par le tribunal que si « le droit éventuel que cette *prénotation* doit réserver paraît appuyé de preuves ou de présomptions suffisantes. » (art. 70 de la loi sur l'acquisition de la propriété).

« L'inscription définitive qui suivra et remplacera la *prénotation* aura lieu sur la réquisition du juge ou avec le consentement de celui contre qui la *prénotation* était dirigée » (art. 89 de la loi sur les livres fonciers). Le rang de cette inscription définitive pourra être différemment fixé selon que l'on se trouve dans le premier ou dans le second cas que nous indiquons plus haut :

1° Si la *prénotation* a été inscrite sur le fondement d'un titre d'hypothèque ou de dette foncière, existant aux mains du créancier, mais contesté par le débiteur, l'inscription définitive rétroagit quant à sa date au jour de la *prénotation*. De là il suit que si la faillite du débiteur a été déclarée entre le jour de la *prénotation* et celui de l'inscription définitive de l'hypothèque ou de la dette foncière, cette faillite n'a aucune influence sur l'inscription qui, remontant au jour de la *prénotation*, est censée lui être antérieure.

2° Si le créancier a fait inscrire la *prénotation* sur le fondement d'une créance purement personnelle, alors qu'il n'avait aucun titre d'hypothèque ou de dette foncière, la situation est tout autre. C'est la sentence qui donne au créancier son titre de gage, et l'inscription de l'hypothèque ou de la dette foncière à la place et au rang de la *prénotation* ne peut avoir lieu que si une inscription peut encore être prise. De là il résulte que

si l'on suppose le débiteur tombé en faillite depuis le jour où la *prénotation* a été insérée, l'inscription définitive de l'hypothèque ou de la dette foncière ne peut remonter rétroactivement au jour de la *prénotation* (1).

Il peut arriver qu'avant l'inscription définitive, le débiteur inscrit comme propriétaire de l'immeuble sur lequel une *prénotation* a été insérée, voie son inscription au *Grundbuch* annulée. Dans ce cas le nouveau propriétaire inscrit au *Grundbuch* au lieu et place du débiteur peut demander la radiation de la *prénotation*. Cette décision n'est pas en contradiction avec le principe posé par l'art. 9, § 2 de la loi sur l'acquisition de la propriété, en vertu duquel, « si l'inscription est annulée, cette annulation ne nuira pas aux tiers qui, sur la foi de l'inscription, auraient acquis des droits sur l'immeuble à titre onéreux et de bonne foi, » en effet, le créancier n'a acquis aucun droit réel par la *prénotation*. Il en serait tout autrement si la propriété du débiteur était attaquée après que la *prénotation* a été remplacée par une inscription définitive.

(1) Achilles. « *Die prussischen Gesetze über Grundeigenthum und Hypothekenrecht vom 5 mai 1872* », § 22.

CHAPITRE II

De la réalisation de l'inscription

En France, les transcriptions des titres de propriété et les inscriptions des hypothèques se font sur deux registres différents déposés au bureau de la conservation des hypothèques. En Prusse, les mutations de propriété et les constitutions d'hypothèque sont rendues publiques par un procédé unique : l'inscription. Un seul registre est destiné à recevoir les inscriptions de propriété et celles d'hypothèque ou de dettes foncières : c'est le livre foncier, *Grundbuch*. Le *Grundbuch* ne se borne pas à publier comme nos registres hypothécaires certains actes relatifs à la propriété foncière, mais offre le tableau complet de l'état juridique du sol, il dresse en un mot « le bilan de la propriété ». Ce résultat est atteint par le mode de tenue de ce registre. Au lieu d'ouvrir comme le font les répertoires de nos conservateurs des hypothèques, un compte au nom du propriétaire, le *Grundbuch* (au moins d'après le formulaire I de la loi) ouvre un compte à la propriété elle-même, et présente sous la désignation de chaque immeuble l'indication de tous les actes qui grèvent cet immeuble quelle que soit la personne dont ils émanent. Le *Grundbuch* se complète par le cadastre qui présente l'état matériel des fonds et ces deux registres sont tenus dans une concordance absolue.

SECTION I. — De la forme des livres fonciers.

L'article 1 de la loi sur les livres fonciers dispose que, « pour chaque circonscription cadastrale il sera établi un ou plusieurs livres fonciers. Dans ces livres seront inscrits tous les immeubles compris au cadastre. »

Il existe donc en Prusse pour chaque circonscription cadastrale, ou pour parler plus exactement, pour chaque circonscription de perception de l'impôt foncier, *Grundsteuererhebungsbezirk*, un ou plusieurs livres fonciers sur lesquels sont inscrits tous les immeubles de la circonscription susceptibles d'être aliénés ou hypothéqués (art. 2), les droits sur les mines et les droits réels indépendants, *selbststændige Gerechtigkeiten* (art. 3) ; ces droits particuliers qui ne sont pas l'accessoire d'un immeuble ont une existence propre, ils sont aliénables et engageables. Il en existait un nombre considérable autrefois, mais la législation moderne en a aboli la plupart ou les a déclarés rachetables, sans qu'il soit possible d'en constituer à nouveau.

Les immeubles inscrits sur le *Grundbuch* doivent être spécifiés dans le livre par des indications puisées dans le cadastre.

D'après l'*Hypotheken Ordnung* de 1783, on devait indiquer sur le livre hypothécaire le nom de l'immeuble, l'arrondissement, le district, la rue dans laquelle il était situé ; mais quant à l'étendue et à la situation précise, le livre hypothécaire n'offrait pas de renseignements sûrs. Les difficultés étaient nombreuses : il se produisait des changements dans les limites des terres, des morcellements et il arrivait souvent de ne plus retrouver sur le sol l'immeuble qui était inscrit dans le livre hypothécaire.

Pour remédier à ces inconvénients, on prescrivit

aux juges chargés de la tenue des registres hypothécaires d'inscrire à côté de la désignation générale des immeubles, des indications spéciales sur la contenance et la situation des parcelles. C'était encore un expédient insuffisant, car ces indications n'ayant pas un caractère authentique on ne pouvait leur attribuer la foi publique due aux énonciations du livre hypothécaire.

C'est en Westphalie qu'on atteignit le but proposé en combinant le livre hypothécaire avec le cadastre. Pour assurer la perception de l'impôt foncier, l'État tenait un livre spécial, le *Grundsteuerbuch*, basé sur des arpentages officiels, indiquant exactement la situation et l'étendue des immeubles et tenu au courant de toutes les mutations. On inscrivit au livre hypothécaire les immeubles d'après leur désignation et leur contenance dans le *Grundsteuerbuch* et on arriva ainsi à rendre les indications du livre hypothécaire tout à fait précises.

Le législateur de 1872 se proposa d'appliquer à la tenue du *Grundbuch* ce mode usité en Westphalie (1). Le *Grundsteuerbuch* doit compléter le *Grundbuch* et fournir toutes les indications nécessaires concernant la désignation des immeubles, leur situation et leur contenance. L'art. 4 de la loi sur les livres fonciers est formel. « Toutes les indications du livre foncier concernant la désignation des immeubles inscrits, leur situation, leur contenance, seront empruntées aux *Grundsteuerbücher* et conformes à ces registres ; une copie desdits registres sera envoyée au bureau de conservation du livre foncier. »

Cette réunion du *Grundbuch* et du cadastre est de nature à donner les meilleurs résultats, à condition que l'on maintienne une exacte concordance entre ces deux livres. Le législateur prussien y arrive, d'une

(1) Dernburg, « *Lehrbuch des preussischen Privatrechts* » p. 402.

part en imposant au *Grundbuchrichter* l'obligation de transmettre chaque année à l'administration du cadastre l'état des mutations de propriété opérées dans le *Grundbuch* (art. 13 du règlement du 2 septembre 1872), d'autre part, en exigeant l'envoi par l'administration du cadastre au *Grundbuchrichter*, de l'état des changements matériels des immeubles de la circonscription (art. 12 du règlement du 2 septembre 1872.) Les indications du *Grundbuch* étant ainsi rigoureusement conformes à celles du *Grundsteuerbuch*, les acquéreurs d'immeubles sont à même de se renseigner avec une complète exactitude sur la contenance et la qualité des biens qu'ils veulent acheter. Les capitalistes ont aussi toute facilité pour se rendre compte de la valeur exacte de la sûreté qui leur est offerte.

Sur le *Grundbuch* ainsi établi doivent être inscrits les domaines compris dans la circonscription. La loi de 1872 entend par domaine, *Grundstück* la réunion de plusieurs immeubles composant une même exploitation ou portant le même nom, chaque *Grundstück* constituant une unité juridique.

L'établissement des livres fonciers dans les circonscriptions où ils n'existeraient pas sera régi par les dispositions spéciales du statut local (art. 133). L'inscription des immeubles dans le *Grundbuch* n'a pas lieu d'office, conformément à l'art. 134, elle n'a lieu que sur la demande du propriétaire ou de ceux qui peuvent contraindre le propriétaire à l'inscription. Le propriétaire doit alors joindre à sa demande un extrait certifié des registres du cadastre. Dans un seul cas, seulement la loi permet l'inscription forcée directe, c'est dans l'hypothèse de l'art. 55. « Dans les cas où la propriété est acquise sans investiture, l'acquéreur pourra néanmoins être contraint à l'inscription : 1° sur la réquisition d'une autorité compétente : 2° sur la

demande de toute personne ayant sur l'immeuble un droit réel et voulant le faire inscrire. »

On peut s'étonner de voir que, l'institution du *Grundbuch* étant destinée à sauvegarder l'intérêt de tous les propriétaires, la loi n'a pas imposé l'obligation absolue de faire inscrire tous les immeubles sur le *Grundbuch*. Lors de la création des livres hypothécaires en 1783 on y inscrivit d'office tous les immeubles qui constituaient une unité juridique (1). La loi de 1872 ne suivit pas les mêmes errements, elle n'abandonna certainement pas l'idée de faire inscrire au *Grundbuch* tous les immeubles, mais elle considéra comme une contrainte suffisante la règle en vertu de laquelle aucun immeuble ne peut-être aliéné ou hypothéqué sans être inscrit au *Grundbuch*.

Connaissant ainsi les principes qui président à l'établissement des livres fonciers, voyons les règles pratiques de cet établissement ou de la tenue de ceux qui existaient avant 1872.

La loi sur l'établissement des livres fonciers art. 6, dispose que deux modèles sont présentés au choix des conservateurs des livres fonciers.

D'après le modèle I^{er}, chaque immeuble a sa feuille spéciale dans le *Grundbuch*.

D'après le modèle II^e chaque propriétaire a dans le *Grundbuch* son chapitre spécial dans lequel sont portés tous les immeubles qui lui appartiennent.

Le premier système, dit système des feuilles réelles *Realfolien*, était celui édicté par l'*Hypotheken Ordnung* du 20 décembre 1783, c'est celui qui assure la publicité la plus efficace et la plus certaine, car individualisant l'immeuble et présentant sur une page toute l'histoire de cet immeuble, il donne la possibilité de connaître d'un seul coup d'œil l'état réel des fonds. Le seul changement introduit par la loi de 1872

(1) *Hypotheken Ordnung* de 1783, I §§ 1, 6, 8.

au type des *Realfolien* adopté en 1783, consiste dans la concordance exigée entre la feuille du *Grundbuch* et le *Grundsteuerbuch*. L'indication sur le titre de la feuille du numéro que l'immeuble occupe au cadastre, complète la certitude en permettant de se reporter facilement au *Grundsteuerbuch*.

Ce système peut s'appliquer assez difficilement aux contrées dans lesquelles la propriété est fortement morcelée, si l'on suppose en effet un domaine composé d'un nombre considérable de parcelles, la feuille du *Grundbuch* se surcharge d'inscriptions au point de ne plus permettre de vue d'ensemble. D'assez bonne heure on sentit le besoin d'essayer de rapprocher pour faciliter les recherches, les divers immeubles séparés, qui pouvaient appartenir à la même personne. Dès 1797, une circulaire permit de réunir dans une même feuille plusieurs immeubles distincts appartenant à un même propriétaire, cette pratique n'avait pas pour effet de réunir en une unité juridique ces divers immeubles inscrits sur la même feuille, mais de faciliter la manipulation des registres hypothécaires.

Le législateur de 1872 comprenant l'utilité d'une réforme sur ce point introduisit dans la loi le système des *Personalfolien*. Dans ce second système il n'est plus établi une feuille pour chaque domaine, c'est au nom du propriétaire que sont créés les articles, *Artikeln*. Dans chaque *article* sont réunis tous les immeubles appartenant au même propriétaire. On le voit cette combinaison simplifie les écritures puisqu'il n'y a plus une feuille pour chaque parcelle, si faible que pût être l'importance de cette parcelle, mais un seul *article* par propriétaire.

Pour comprendre comment se réalise l'inscription d'une hypothèque ou d'une dette foncière, il est indispensable d'examiner en détail l'un et l'autre des deux moyens de tenir le *Grundbuch*.

§ 1^{er}. — Tenue du Grundbuch d'après le formulaire I^{er}.

Comme nous venons de le dire, chaque domaine occupe dans ce système une feuille spéciale dans le *Grundbuch*. Cette feuille se compose d'un titre et de trois sections (1).

Le titre, *Titelblatt*, est consacré à l'indication de l'immeuble, il doit offrir une désignation de l'immeuble telle, qu'après un long espace de temps, et même après le changement de sa forme extérieure, l'immeuble soit reconnaissable.

A cet effet une première colonne contient : 1° La désignation de l'immeuble, savoir : le nom du domaine et du district, s'il s'agit d'immeubles formant un domaine *Grundstück* ; la rue, le numéro et autres indications en usage s'il s'agit d'immeubles de ville ; les noms du district et de la commune ; le numéro et autres indications pour les parcelles ne constituant pas un domaine ; 2° la nature de l'immeuble ; 3° le numéro sous lequel il est porté au cadastre ; 4° la contenance, le revenu imposable ou la valeur locative. Si un domaine se compose de plusieurs parcelles portant des numéros distincts au cadastre, ces parcelles doivent être indiquées successivement dans la première colonne avec le numéro qu'elles portent au cadastre, leur contenance, leur revenu imposable. Lorsque des parcelles viennent s'adjoindre au domaine pour se fondre dans l'unité juridique que forme celui-ci, elles doivent être aussi inscrites dans la première colonne.

La deuxième colonne est réservée à l'indication des parcelles distraites du domaine.

Le titre de la feuille réservée à chaque immeuble est donc destiné à présenter les renseignements nécessaires à l'individualisation de l'immeuble, le reste

(1) Voir M. Gide, *loc. cit.*, p. 239 et suiv.

de la feuille doit faire connaître sa situation au point de vue de la propriété et des charges.

A cet effet, elle se compose de trois sections : la première, affectée aux renseignements sur la propriété ; la seconde à l'indication des charges et restrictions de la propriété ; la troisième à l'inscription des hypothèques et des dettes foncières.

La première section est divisée en trois colonnes (art. 10) :

La première colonne contient l'indication du propriétaire par ses nom, prénoms, profession, domicile.

La seconde colonne renferme l'indication de la date et du titre d'acquisition ainsi que celle des parcelles ajoutées à l'immeuble.

La troisième colonne est affectée à l'indication de la valeur de l'immeuble, on y inscrit le prix d'acquisition, les estimations officielles qui ont pu être faites, et s'il s'agit de maisons et de bâtiments d'exploitation, la somme pour laquelle ils sont assurés contre l'incendie.

Cette première section offre ainsi d'une façon exacte l'histoire des mutations de la propriété, en effet, les propriétaires successifs sont inscrits l'un à la suite de l'autre dans la première colonne, et le conservateur du livre foncier doit souligner en rouge toutes les inscriptions annulées par suite de mutation.

La deuxième section doit faire connaître les restriction au droit de propriété (art. 11). Elle est divisée aussi en trois colonnes.

La première colonne contient l'inscription de ces charges et restrictions : 1° des charges perpétuelles et des prestations périodiques en argent ou en nature établies par titres, telles que : servitudes réelles et personnelles, rentes foncières qui constituent des droits réels irrachetables ; 2° des restrictions à la propriété ou au droit de disposer du propriétaire résul-

tant de *prénotations*, de déclarations de faillite, de demandes en expropriation forcée, saisies ou sequestres judiciaires, dispositions testamentaires (1). Dans la seconde colonne portant la rubrique : *changements* sont portés tous les changements subis par les droits indiqués dans la première colonne.

La troisième colonne sert à relater l'extinction d'un des droits inscrits dans la première colonne.

La troisième section est réservée aux hypothèques et aux dettes foncières qui sont des droits réels remboursables, destinés à s'éteindre par le paiement, elle comprend trois colonnes (art. 12). Dans la première colonne sont inscrites les hypothèques et les dettes foncières. L'inscription indique : le principal de la somme prêtée, le taux des intérêts et l'époque de leur exigibilité, le nom du créancier, la date de l'inscription.

Dans la deuxième colonne sont relatés les changements que subissent les hypothèques ou les dettes foncières, par exemple les cessions d'hypothèque, subrogations, cessions de priorité, conversions d'hypothèque en dette foncière, etc.

Enfin la troisième colonne est destinée à l'inscription des radiations.

§ II. --- Tenue du *Grandbuch* d'après le formulaire II

Dans ce second système, chaque immeuble n'a plus sa feuille distincte, mais il est ouvert sous le nom de chaque propriétaire un article, *Artikel*, (2) spécial, renfermant tous les immeubles appartenant au même propriétaire. L'article du *Grundbuch* rédigé d'après le formulaire II comprend aussi un titre et trois sections.

Le titre indique seulement le propriétaire, ses nom, prénoms, profession, domicile. C'est la première

(1) Gide, *loco citato*, p. 240, note 8.

(2) Le mot est emprunté au *Grundsteuerbuch*.

section seulement qui contient la désignation des immeubles.

L'indication du propriétaire passe dans ce système au premier rang et relègue l'immeuble au second plan. La publicité de *réelle* qu'elle était avec le premier système devient *personnelle* avec le second. Elle se rapproche ainsi de notre système du droit français mais la comparaison est toute en sa faveur. En effet sous le nom du propriétaire l'article du *Grundbuch* fournit le tableau exact de la propriété, et les renvois du cadastre au livre foncier permettent de retrouver facilement au *Grundbuch* l'immeuble dont on ne connaît pas le propriétaire. Chez nous au contraire, il faut pour connaître l'état réel d'un fonds s'enquérir avant tout du nom du propriétaire, notre cadastre ne pouvant fournir le renseignement que donne le *Grundsteuerbuch* puisqu'il n'existe aucune concordance entre lui et les registres des conservateurs des hypothèques.

Le second mode de tenue du *Grundbuch* a donc pour trait essentiel de présenter sous le nom du propriétaire la liste des immeubles possédés par celui-ci.

Les immeubles sont portés dans la première section avec leur description d'après le cadastre, la mention du numéro du cadastre, leur situation, leur nature, leur contenance, leur revenu, la date et le titre d'acquisition (art. 14).

Les deuxième et troisième sections dans le second système ne se différencient de celles du premier que par l'indication dans une colonne spéciale, de l'immeuble grevé d'après le numéro de la première section. Cette indication permet de trouver de suite et avec exactitude à quelles parcelles s'appliquent les inscriptions portées dans ces sections par ordre chronologique, on a ainsi une vue d'ensemble de l'état des charges grevant chaque parcelle.

La loi de 1872 en organisant le système des *Personalfolien* à côté du système des *Realfolien*, seul établi en 1783 et qui constitue le véritable système allemand, a laissé les conservateurs des livres fonciers libres d'apprécier dans chaque circonscription lequel des deux modèles il convient de suivre (art. 6).

En outre du *Grundbuch*, il doit être tenu dans chaque conservation du livre foncier un *recueil d'actes fonciers*, *Grundakten*, (art. 18). Pour chaque feuille ou pour chaque article du *Grundbuch*, il existe un cahier spécial contenant les *actes fonciers* relatifs aux immeubles compris dans la feuille ou dans l'article. Ces *actes fonciers* sont les documents qui ont été fournis pour la justification des inscriptions, par exemple : les demandes d'inscription présentées par les parties, les pièces à l'appui desquelles ces demandes se produisaient, les jugements ordonnant des inscriptions. En tête de chaque cahier d'*actes fonciers*, se trouve un tableau contenant la transcription littérale de la feuille ou de l'article du *Grundbuch* auquel correspond le cahier.

Enfin les conservateurs du livre foncier emploient comme répertoire les *Grundsteurbücher* dont des copies leur sont communiquées.

SECTION II. — Formalités de l'inscription

Nous avons dans notre premier chapitre exposé les règles édictées par la loi de 1872 pour qu'une demande d'inscription d'une hypothèque ou d'une dette foncière soit reçue par le *Grundbuchrichter*. Le *Grundbuchrichter* saisi par une demande des parties ou une requisition de l'autorité compétente a

dû se livrer à l'examen de la validité dans le fond et dans la forme de la demande ou de la réquisition d'inscription.

Une fois qu'il a reconnu le bien fondé de cette demande ou de cette réquisition, il est de son devoir de procéder de suite à l'inscription sur le *Grundbuch*. A cet effet il rédige un modèle d'inscription conforme à la demande présentée, et ce modèle est transcrit littéralement sur le livre foncier (art. 43). L'inscription doit reproduire les énonciations portées à la demande, elle doit spécifier : le montant de la créance en monnaie légale, le taux des intérêts, l'époque où les intérêts commencent à courir et celle de leur exigibilité, les nom, prénoms, profession, domicile du créancier; s'il s'agit d'une hypothèque proprement dite il faut indiquer la date de l'acte de prêt qui a donné naissance à l'hypothèque; enfin l'inscription doit être datée et signée par le *Grundbuchrichter* et son greffier (art. 44). Si une hypothèque ou une dette foncière grève plusieurs immeubles chacun pour le tout, on doit l'inscrire sur chaque immeuble en indiquant qu'elle grève aussi les autres (art. 78).

L'inscription d'une hypothèque ou d'une dette foncière une fois faite sur le *Grundbuch*, le conservateur du livre foncier dresse et délivre des titres spéciaux, des *bons hypothécaires* et des *bons fonciers*. Mais il existe une différence capitale entre le cas d'inscription d'une hypothèque proprement dite et celui d'une dette foncière. S'il s'agit d'une hypothèque proprement dite, les parties peuvent renoncer à l'émission d'un *bon hypothécaire* et se contenter d'un simple certificat, s'il s'agit au contraire d'une dette foncière les parties sont privées de ce droit et la dette foncière n'existe que si l'inscription au *Grundbuch* est suivie de la délivrance d'un *bon foncier*,

Grundschuldbrief, c'est la une condition indispensable (art. 122) et art. 20 de la loi sur l'acquisition de la propriété).

Cette pratique inconnue à notre droit français a pour but de résoudre la grave question de la mobilisation du crédit foncier. Cette *Grundschuldbrief* constitue un effet négociable comme une lettre de change et qui se rapproche même du billet au porteur, par cette règle, qu'elle peut être rédigée au nom du propriétaire et à son ordre et transmissible en cette forme par endossement en blanc. En outre, si le propriétaire le demande, il est joint à la *Grundschuldbrief* une feuille contenant une série de quittances pour intérêts à échoir, *Zinsquittungsscheine* (art. 128), ces quittances sont de véritables coupons payables au porteur. Si notre loi française actuelle ne renferme aucune institution semblable à la *Grundschuldbrief*, il ne faut pas oublier que la loi du 9 Messidor de l'an III avait tenté ce que la loi prussienne de 1872 a accompli. La *cedule hypothécaire* de la loi de Messidor présente la plus frappante analogie avec la *Grundschuldbrief* de la loi de 1872.

Nous avons déjà dit que le *Grundbuch* jouissait d'une autorité bien plus grande que nos registres hypothécaires, par suite de cette règle que le propriétaire inscrit sur le livre foncier est par là même propriétaire à l'égard des tiers, c'est ce que l'on nomme la *foi publique du Grundbuch*. L'application de ce principe à l'inscription des hypothèques et des dettes foncières a pour conséquence que du moment qu'un créancier de bonne foi a obtenu une inscription régulière en la forme et constatant l'existence d'une hypothèque ou d'une dette foncière sur un immeuble, il a acquis son droit d'une manière irrévocable et la nullité de l'inscription prononcée par la suite contre le propriétaire inscrit ne peut lui préjudicier.

Voyons dans quelle mesure le principe de la *foi publique* s'applique aux inscriptions d'hypothèque et de dette foncière :

1° La foi publique n'est attachée qu'aux énonciations portées au *Grundbuch*, il n'en est pas de même de celles que l'on trouve dans le recueil d'*actes fonciers*, *Grundakten*. Au cas de divergence entre un *bon hypothécaire*, *Hypothekenbrief*, et le *Grundbuch*, le porteur de ce bon ne peut le faire prévaloir sur le livre foncier. Il en est autrement pour le *bon foncier*, *Grundschulbrief*, qui au cas de divergence avec le *Grundbuch* l'emportera sur celui-ci, cette faveur est accordée au *bon foncier* dans l'intérêt de la circulation.

2° Les indications de fait portées sur le livre foncier, comme par exemple l'état d'une maison, ne sont pas protégées par le principe de la foi publique. Il en est différemment des indications sur la situation et les éléments dont se compose l'immeuble quand elles sont certifiées conformes au *Grundsteuerbuch*. Enfin la certitude accordée à l'inscription du droit lui-même peut s'envisager à deux points de vue : au point de vue positif en ce sens que les tiers peuvent considérer une inscription régulière comme absolument efficace ; au point de vue négatif, en ce sens que les droits réels non publiés par le *Grundbuch* ne sont pas opposables aux tiers.

3° La foi publique due au livre foncier ne peut pas être utilement invoquée par le tiers de mauvaise foi, c'est-à-dire par celui qui au moment de l'inscription connaissait le défaut de droit de son auteur.

4° La publicité du *Grundbuch* lui-même est une conséquence du principe de la foi publique due au registre. Tous ceux qui y ont intérêt peuvent demander la communication du *Grundbuch* et des *Grundakten*. Ce droit appartient avant tout au propriétaire

de l'immeuble, qui peut demander à tout instant une copie certifiée de toute la feuille ou de tout l'article du *Grundbuch*, au créancier inscrit, et à toute personne qui veut acquérir des droits sur l'immeuble, ou faire triompher contre l'inscrit des droits qu'elle possède. C'est le *Grundbuchrichter* qui est juge de l'existence de l'intérêt de droit chez le requérant.

CHAPITRE III

Effets de l'inscription.

L'inscription de l'hypothèque ou de la dette foncière donnant naissance au droit réel, l'étude des effets de l'inscription se confond avec celle des effets de l'hypothèque et de la dette foncière. Conformément à ce que nous avons fait à propos de l'étude de cette question dans la législation française, nous n'entreprendrons pas l'examen des effets de l'inscription de l'hypothèque et de la dette foncière dans la législation prussienne. Nous nous contenterons de relever deux particularités importantes de cette législation.

Nous disions, à propos des effets de l'inscription d'hypothèque en droit français : 1° qu'elle conservait pendant un certain temps les intérêts de la créance (art. 2151, C. c.), et 2° qu'elle conservait pendant dix ans le rang de collocation qu'elle attribuait à l'hypothèque.

En droit prussien, l'inscription d'une hypothèque ou d'une dette foncière ne garantit jamais les intérêts non inscrits (art. 30). Cette décision est logique et conforme au principe de la publicité. Pourquoi dispenser les intérêts de la publicité, quand on l'exige pour le capital ?

Quant au renouvellement décennal de l'inscription exigé par l'art. 2154 du Code civil, la législation prussienne ne connaît rien de pareil ; tant que l'inscription n'est pas radiée (art. 57 de la loi sur l'acquisition de la propriété), l'hypothèque et la dette foncière subsistent avec le rang que leur a attribué l'inscription prise au moment de leur naissance.

APPENDICE

L'étude des règles qui régissent en droit français et en droit prussien la publicité des hypothèques ne suffit pas pour donner de la question un exposé complet. Depuis plus de soixante ans, nombre de juriconsultes et surtout de praticiens se sont attachés à découvrir les vices de notre législation hypothécaire et à chercher les moyens de doter notre pays d'un régime hypothécaire aussi parfait que possible. Quelques mots sur les plus importantes d'entre ces opinions nous paraissent un appendice obligé d'une étude sur la publicité des hypothèques.

Les deux principaux reproches adressés à notre législation hypothécaire au point de vue de la publicité sont : la clandestinité des hypothèques légales et les difficultés des recherches dans les registres hypothécaires. Nous avons déjà dans la première partie de notre travail étudié rapidement la question de la clandestinité des hypothèques légales, il nous reste à voir les divers moyens proposés pour y remédier ou pour en diminuer les inconvénients. Notre attention se portera ensuite sur l'organisation des registres hypothécaires et sur les moyens proposés pour améliorer leur tenue, afin de présenter un tableau plus fidèle et plus complet de la propriété foncière donnant toutes garanties aux prêteurs sur hypothèque.

1°. — CLANDESTINITÉ DES HYPOTHÈQUES LÉGALES

Au premier rang des inconvénients de l'hypothèque légale occulte, se place le danger de confier ses fonds à un emprunteur qui marié ou exerçant une tutelle,

dissimule sa qualité, et par conséquent l'hypothèque légale qui grève ses biens. Pour y remédier des auteurs proposèrent en 1841 lors des enquêtes sur la réforme hypothécaire, un système destiné dans leur pensée à faire cesser sur ce point toute difficulté. Ce système peut être qualifié du nom de *système d'immatricule*. Il fut exposé par MM. Hebert, (1) notaire à Rouen et Loreau (2), directeur des domaines à Poitiers.

M. Loreau, dont le travail est plus complet et paraît plus étudié au point de vue pratique que celui de M. Hébert présente un système d'immatricule des personnes dans les registres hypothécaires de leur domicile et la publicité donnée par l'inscription au nom de chaque propriétaire à tous les actes modifiant sa capacité personnelle ou sa propriété. Tandis que M. Loreau se borne à proposer l'immatricule des propriétaires d'immeubles, M. Hébert demande l'immatricule de tout individu dès sa naissance.

On indiquerait sous l'immatricule de chaque individu les immeubles d'après le cadastre, puis les aliénations et acquisitions de propriété. On mentionnerait ensuite tout ce qui peut modifier la capacité de s'obliger ou de disposer des immeubles : âge, interdiction, nomination de conseil judiciaire, faillite, mariage, hypothèques, enfin le décès et l'acceptation ou la répudiation de la succession.

La difficulté dans ce système est de déterminer d'une manière fixe et certaine le domicile de chaque indi-

(1) *De quelques modifications importantes à introduire dans le régime hypothécaire et considérations sur l'utilité d'un système propre à justifier de la capacité civile de chaque contractant.* — Paris et Rouen, 1841.

(2) *Du crédit foncier et des moyens de le fonder, ou création d'un système hypothécaire appuyé sur le cadastre, l'enregistrement des contrats et le revenu imposable de la propriété suivi d'un mode de transfert des créances sur hypothèque analogue à celui des rentes sur l'Etat.* — Paris, 1841.

vidu. Il est nécessaire qu'il n'y ait aucune incertitude sur le domicile puisque c'est au bureau de ce domicile que doivent être rendus publics les renseignements indiqués.

Les auteurs du système donnent comme premier domicile légal le lieu de la naissance et exigent pour changer de domicile deux déclarations aux municipalités de l'ancien et du nouveau lieu.

L'inscription d'après le système de M. Hébert aura lieu sur les réquisitions des fonctionnaires ou officiers ministériels recevant les actes ou constatant les faits sujets à inscription.

D'après M. Loreau les receveurs d'enregistrement, cumulant les fonctions de conservateurs des hypothèques, prendraient d'office les inscriptions au fur à mesure de l'enregistrement des actes et jugements y donnant lieu.

D'après tous les partisans du système, tous les actes modifiant la capacité personnelle, la fortune immobilière ou la situation hypothécaire d'un propriétaire doivent être passés en la forme authentique.

Examinons d'abord quels avantages peut procurer ce système pour voir ensuite ses inconvénients.

Le système d'immatricule donne la publicité à la capacité des personnes et aux hypothèques. Il met à l'abri du danger de traiter avec un incapable, et ainsi améliore beaucoup l'état actuel du crédit foncier. Il faut remarquer sur ce point que le danger de traiter avec un incapable n'est pas aussi grand que veulent le prétendre les auteurs du système, cela se produit assez rarement.

Du reste, dans bien des cas, le système sera assez difficilement applicable, et quand un individu sera frappé d'une incapacité il arrivera souvent qu'on ne

connaîtra pas le domicile où il faudra l'immatriculer.

La publicité des hypothèques est l'objet le plus important du système. Ses auteurs prétendent avoir garanti la sécurité des prêteurs et acquéreurs sans sacrifier les intérêts des incapables.

D'après M. Loreau les hypothèques légales seraient publiées comme les autres hypothèques, d'office par les agents de l'administration, puisque, prétend cet auteur, leur cause existe nécessairement dans un acte ou dans un fait toujours soumis à la formalité de l'enregistrement.

D'après M. Hebert, la connaissance des hypothèques légales est procurée aux tiers, non par l'inscription immédiate de ces hypothèques mais par, leur *indication* opérée d'office par les officiers ministériels, et cela dans un délai de dix jours.

Grâce à ces moyens, les auteurs du système prétendent que le prêteur n'est plus exposé à aucune déception ni à aucune fraude, car il n'a plus à s'en rapporter aux seules déclarations de l'emprunteur. Le registre d'immatricule est là pour renseigner sur la véritable situation hypothécaire du débiteur et indiquera s'il est marié ou tuteur.

En outre les auteurs du système d'immatricule prétendent détruire l'inconvénient qu'offre le caractère de généralité de l'hypothèque légale. Pour cela ils exigent que tous les actes établissant les droits et créances des pupilles et des femmes soient rédigés en la forme authentique et que les officiers publics en fassent au fur et à mesure l'inscription.

Indépendamment des complications énormes d'écriture qu'exigerait l'application de ce système il est des cas où elle serait impossible. Par exemple au cas d'une succession échue à une femme, il faudrait obliger le mari à faire inventaire. Il faudrait pour déter-

miner les reprises des femmes mariées, imposer la forme authentique à une quantité d'actes qui sont rédigés généralement sous seing-privé, notamment les ventes d'un bien propre ou paraphernal, les quittances données par le mari d'une créance dotale, les obligations que la femme contracte comme caution du mari. Enfin il est des droits pour la femme que nul acte ne peut constater, par exemple le mari est responsable comme administrateur des conséquences de sa mauvaise gestion des biens de la femme, c'est là une obligation essentiellement indéterminée, de même et à plus forte raison, le tuteur.

De ce rapide exposé on peut voir qu'il faut réduire les avantages que les partisans du système d'immatricule prétendent faire sortir de l'application de leurs idées, voyons en maintenant les inconvénients.

Tout d'abord la base du système est la fixité du domicile puisque c'est là que les intéressés doivent trouver tous les renseignements. Or cette fixité du domicile et l'inscription en ce lieu des faits intéressant la capacité et la propriété sont d'une application très difficile. Ce serait du reste transformer radicalement la théorie de notre loi sur le domicile, en faisant de ce domicile non une réalité, mais une fiction du droit.

En outre la publicité est donnée au lieu du domicile et non à celui de la situation des biens. Cette réforme n'est pas heureuse, car elle ne peut être qu'une source d'irrégularités et d'erreurs.

La mise à exécution serait difficile, les employés de l'enregistrement ou officiers ministériels obligés de faire les inscriptions pourraient se trouver extrêmement embarrassés, il arriverait souvent qu'ils ignoreraient où prendre l'inscription. Enfin il y aurait en jeu une telle série de fonctionnaires et d'officiers mi-

nistériels qu'on ne saurait jamais dans les cas d'erreurs lequel est responsable.

Ce système de l'immatriculation est donc impuissant à réaliser la publicité complète du régime hypothécaire et offre du reste de grandes difficultés d'application pratique. Pour arriver au but qu'il poursuit, la suppression du danger que fait courir aux tiers la clandestinité de l'hypothèque légale, ne serait-il pas beaucoup plus simple d'adopter purement et simplement le système de la législation prussienne, qui était celui de la loi de brumaire, et qui faillit triompher lors de l'examen de la réforme hypothécaire de 1851. Dans ce système tous les créanciers qui ont chez nous une hypothèque légale ont non pas une hypothèque proprement dite, mais un titre légal d'hypothèque, c'est-à-dire un simple droit de s'inscrire. L'adoption du principe de la publicité de toutes les hypothèques sans exception, corrigé par des mesures sérieuses et efficaces prises par la législation pour assurer l'inscription, est de nature à donner satisfaction au crédit réel (1).

2°. — ORGANISATION DES REGISTRES HYPOTHÉCAIRES.

« J'ai à vérifier la situation hypothécaire d'un immeuble soit pour l'acheter, soit pour faire un placement dont il doit être la garantie, disait M. le président Bonjean dans la séance du Sénat du 6 avril 1866 (2), si je demande au conservateur l'état des hypothèques qui grèvent cet immeuble, il me dira : « je ne puis répondre à la question ainsi posée ; mes registres sont tenus par noms de propriétaires, non de propriétés. Indiquez moi les noms des propriétaires et je vous dirai les hypothèques consenties par chacun d'eux. » Il faut donc que préalablement je recherche la série des propriétaires auxquels l'immeuble a successive-

(1) Voir dans notre première partie, p. 149 et suiv. l'examen du Code Sarde et de la loi Belge sur ce point.

(2) *Moniteur Universel* du 7 avril 1866, p. 401.

ment appartenu, en remontant aussi haut que possible, mais au moins de trente ou quarante ans dans le passé. Si j'en oublie un seul, je n'en obtiendrai que des renseignements incomplets et trompeurs; car c'est celui là peut-être qui aura grevé l'immeuble. Si je me trompe sur les noms, les prénoms, les professions, les domiciles; si je prends le père pour le fils, l'oncle pour le neveu, ma recherche est vaine, car trompé par une indication erronée le conservateur ne me donnera lui-même que des renseignements inexacts. »

Nous avons cru devoir reproduire *in extenso* cette partie du discours de M. Bonjean, car elle indique clairement les inconvénients qu'offre au point de vue de la publicité hypothécaire l'organisation actuelle de nos registres. Nécessité de connaître le nom d'une personne pour obtenir la situation d'une chose, voilà le grave défaut de notre législation actuelle, défaut qui résulte de la manière dont sont tenus les registres hypothécaires.

Le conservateur inscrit jour par jour et par ordre numérique sur le *registre des dépôts*, les remises d'actes à transcrire et de bordereaux d'inscriptions; il fait ensuite sur des registres spéciaux dits, *registres des formalités*, les opérations de transcription et d'inscription pour lesquelles ces actes et bordereaux lui ont été remis. Il inscrit sur un livre d'ordre nommé *répertoire* le report par extrait des actes reçus; le répertoire étant divisé en cases portant chacune le nom d'un propriétaire, c'est au nom du grevé que se fait cette inscription, dans le cas où il s'agit d'une constitution d'hypothèque. Pour fournir les certificats demandés sur la situation hypothécaire de tel ou tel individu, le conservateur consulte le répertoire où cet individu est inscrit, s'il a donné matière à inscription. Le répertoire le renvoie par l'indication du numéro et de la date aux registres des formalités sur les quels

sont inscrits chronologiquement les bordereaux d'inscription.

Avec un tel système, tous les individus dont les propriétés sont grevées ont pour ainsi dire un compte ouvert à la conservation des hypothèques, on comprend qu'il y ait là une source de confusions et d'erreurs. Si l'on suppose que dans la même commune il existe plusieurs individus portant les mêmes noms et prénoms, et ceci se rencontre très souvent à la campagne, tous ces individus peuvent être portés au répertoire de la conservation des hypothèques. En un tel état de choses un certificat d'inscription délivré sur un individu de ce nom, ne peut offrir aucune sûreté, à moins que le conservateur ne comprenne dans son certificat toutes les inscriptions portées à ce même nom, mais applicables à plusieurs, ce qui augmente beaucoup les frais.

Ainsi donc de ce chef, confusions inévitables. Un autre inconvénient grave peut aussi être relevé. L'acquéreur ou le prêteur qui veulent s'assurer si on ne leur propose pas la vente ou l'hypothèque de la chose d'autrui, ne peuvent retrouver le titre afférent à la propriété qui n'est transcrit dans le registre que sous le nom du propriétaire. Ils éprouvent, en outre, les plus grandes difficultés pour remonter l'échelle des transmissions antérieures.

Enfin, si l'on est exposé à des confusions de noms, on l'est aussi à des confusions de parcelles. Un acquéreur, par exemple, demande, avant de payer son prix d'acquisition, l'état des inscriptions sur telle parcelle, il se trouve qu'un immeuble semblable appartient à un individu portant le même nom que le vendeur, et que cet immeuble de même nature est libre de toute charge. Le conservateur délivre un certificat négatif et l'acquéreur qui a payé sur la foi de ce certificat peut être obligé de payer une seconde fois, si par hypo-

thèse la parcelle qu'il a acquise était hypothéquée antérieurement ; de là recours contre le conservateur.

Ces résultats fâcheux sont aggravés par l'insuffisance des désignations d'immeubles dans les bordereaux d'inscription, la loi se contentant de l'indication de l'espèce et de la situation des biens.

Tels sont les inconvénients les plus graves, et ils suffisent pour légitimer le désir de voir s'accomplir une réforme sur ce point important. Pour faire disparaître ces défauts, il faudrait établir un système ayant un mode certain de désignation des immeubles et empêchant toute confusion de personnes ou d'immeubles.

Les propositions de réforme n'ont pas manqué, sur ce point, comme sur tous les autres, et nous ne pouvons que nous borner à examiner les principales.

La première à relever émane de M. Loreau dont nous avons déjà examiné le travail à propos de la question des hypothèques légales. Pour cet auteur, la base de la publicité hypothécaire peut se trouver dans le cadastre parcellaire. La désignation de chaque parcelle par le numéro qu'elle porte sur le plan et la matrice cadastrale assure l'identité des propriétés. Pour que l'on puisse se servir du cadastre, il faut tenir les plans parcellaires au courant des mutations opérées ; aussi M. Loreau propose de réunir la conservation des hypothèques au bureau de l'enregistrement, dont les préposés seraient en même temps chargés de la tenue à jour du cadastre.

Pour arriver à ce but, il propose d'établir dans chaque bureau d'enregistrement ce qu'il appelle « le Répertoire de la contribution foncière et des formalités d'enregistrement et d'hypothèque. » Dans ce répertoire se trouveront réunis : 1° l'état civil de chaque possesseur d'immeuble ; 2° l'extrait des rôles de ré-

partition de la contribution foncière (1) ; 3° tous les mouvements de la propriété : aliénations, acquisitions, antichrèses et baux, inscriptions hypothécaires, saisies immobilières, etc. Les immeubles sont désignés à ce répertoire d'après le cadastre et de la même manière que dans les matrices de rôles.

On le voit, c'est la matrice cadastrale qui est la base de ce système. Au bureau de la conservation sera déposé l'atlas cadastral sur lequel chaque parcelle distincte sera indiquée par un numéro. Les bordereaux d'inscription indiqueront l'immeuble grevé par ce numéro de l'atlas cadastral. Ils seront inscrits et portés à leur date sur le registre des formalités, et en outre, sur un registre à part, chaque parcelle aura son compte ouvert indiquant les numéros des inscriptions qui la concernent.

Telle est dans ses grandes lignes la physionomie du système de M. Loreau. Doit-il, comme le prétend son auteur, faire cesser toute confusion de personnes dans les livres de la conservation ? A première vue les indications détaillées exigées sur la capacité des individus peuvent le faire croire, mais il faut remarquer que cette certitude repose sur la règle, soumettant les parties à la nécessité de présenter aux officiers publics un certificat portant toutes ces indications, or l'exigence de la présentation de ces certificats serait impraticable et vexatoire. Quant à la combinaison proposée du cadastre et du régime hypothécaire pour donner toute certitude aux tiers elle est insuffisante si on ne pose la règle que tout individu désigné comme propriétaire par le cadastre et le répertoire hypothécaire est présumé de droit propriétaire à l'égard des tiers de bonne foi.

(1) M. Loreau désigne sous ce titre toutes les communes où se trouvent les immeubles du propriétaire.

Un autre auteur M. Robernier (1) part d'un point de vue différent de celui de M. Loreau, à son avis le cadastre tel qu'il existe ne constate que le fait et ne constitue pas le droit. La preuve de la propriété étant d'une grande difficulté, il propose la combinaison de la preuve matérielle et de la preuve littérale, de l'abornement et du titre.

Le *conservateur des droits réels* doit d'après ce système tenir trois registres constituant le *terrier perpétuel*.

Ce sont : 1° *Le parcellaire général* réunissant la totalité des parcelles de l'arrondissement dans un ordre qui prévienne la confusion. Chaque commune a son chapitre distinct selon son rang alphabétique, ce chapitre est divisé en quatre séries, et l'ordre des parcelles est déterminé par la progression ascendante du premier nombre de leur désignation (2). Le parcellaire général indique aussi les nom, prénoms, surnoms, profession et domicile du propriétaire, mais c'est dans le second registre que ces indications seront plus détaillées.

2° *Le registre alphabétique des contenanciers*. Ce

(1) De la preuve du droit de propriété en matière d'immeubles.

(2) Dans le système de M. Robernier, les plans graphiques sont remplacés par des plans numériques. Ce système consiste à déterminer la distance du sommet des angles de chaque parcelle à la méridienne du lieu et à sa perpendiculaire, rattachant ainsi la parcelle elle-même à un objet immuable et connu de tous qu'on placera au point d'intersection des deux lignes magistrales. Comme il suffit pour faire connaître la situation d'un polygone rectiligne, d'indiquer la situation respective des points angulaires de ce polygone, voici comment sera désignée chaque parcelle au plan numérique : on y portera l'énoncé des distances qui séparent le sommet de chacun de ses angles de la méridienne du lieu et de sa perpendiculaire, en d'autres termes des degrés de longitude et de latitude communales de tous ses points angulaires. La désignation se composera ainsi d'une série de termes numériques de deux chiffres chacun en nombre égal à celui des angles rentrants et saillants de la parcelle.

registre est destiné à fournir les éléments nécessaires à la constatation de l'identité des propriétaires. En conséquence un chapitre spécial est ouvert dans ce registre à chaque contenancier, en tête de ce chapitre on notera les nom, prénoms, surnoms, professions ancienne et actuelle du propriétaire, son domicile, le lieu et la date de sa naissance, les nom et prénoms de ses père et mère, on indiquera ensuite dans l'ordre des acquisitions la liste des parcelles dont la personne désignée est propriétaire dans l'étendue de la même circonscription. Les parcelles étant déjà indiquées au parcellaire général, on les indiquera au registre alphabétique par le nom de la commune, les initiales de la région et le numéro d'ordre sous lesquelles elles sont inscrites au parcellaire, grâce à ces indications sommaires il sera facile de retrouver la parcelle avec ses développements numériques dans le premier registre.

3° *Le registre journal ou des dépôts*, sur ce journal le conservateur des droits réels mentionne jour par jour la remise des actes et contrats susceptibles d'être soumis à la conservation, et y consigne une analyse sommaire de ces actes.

Ces registres une fois établis, M. Robernier prétend faire marcher parallèlement le terrier et les transmissions immobilières, sans avoir besoin de modifier à chaque mutation les plans cadastraux. C'est pour résoudre ce problème de la conservation du cadastre par la perpétuité et la permanence des opérations cadastrales que l'auteur a abandonné le système de plans graphiques. Pour arriver à son but il pose deux principes : d'une part toute transmission d'immeubles territoriaux, opérée à quelque titre que ce soit, doit être constatée par acte public, d'autre part, les officiers publics doivent dans ces actes désigner les fonds ruraux par le nouveau mode. Enfin, dans le cas de

mutations par morcellement de parcelles, il imagine un système de séries de lettres fractionnelles très ingénieux, mais qui paraît d'une rare difficulté d'application.

L'état de la propriété foncière étant ainsi établie aux yeux de M. Robernier sur des bases absolument sûres, il s'occupe des besoins hypothécaires, et c'est par les mêmes procédés qu'il réalise la publicité des droits réels.

Sur les registres du terrier, sont portées toutes les constitutions d'hypothèque de la manière suivante. Au registre-journal ou des dépôts, le conservateur reproduit par copie littérale tous les bordereaux constatant les droits immobiliers qui affectent un immeuble. La dernière colonne du Parcellaire général indique les numéros du registre des dépôts sous lesquels les inscriptions doivent être retrouvées. En outre, le registre alphabétique des contenanciers contient dans une seconde partie de la feuille que nous avons étudiée plus haut des indications personnelles et réelles. Les indications personnelles résument les actes modifiant l'état et la capacité du propriétaire, interdiction, mariage, tutelle, quant aux indications réelles, elles consistent à rappeler en regard de chaque parcelle les numéros des inscriptions au registre des dépôts avec l'indication de la date des inscriptions et du montant de la créance.

Par ces moyens de renvois portés au parcellaire et au registre alphabétique, M. Robernier prétend détruire la confusion résultant de l'insertion au registre des dépôts, des bordereaux d'inscription dans l'ordre de leur présentation au bureau du conservateur. On le voit, l'individualisation de l'immeuble est opérée dans ce système par la désignation numérique dans les deux registres.

Ce système mettra-t-il complètement à l'abri de

toute erreur les intéressés qui s'adresseront au conservateur pour connaître la situation hypothécaire d'un bien ? M. Robernier fait remarquer que son système permet de se renseigner à la fois sur l'immeuble et sur le nom du propriétaire ; en effet, par le rappel dans le parcellaire du numéro d'insertion du bordereau au registre des dépôts, l'inscription repose sur l'immeuble et de même elle est rapprochée de la personne par la même désignation au registre alphabétique. Dans ces conditions il ne sera plus nécessaire de connaître le nom du débiteur et on obtiendra facilement du conservateur des droits réels un état portant l'universalité des charges pesant sur l'immeuble à quelque époque, par quelque personne et à quelque titre qu'elles aient été imposées.

Ce système dont nous nous sommes efforcés de faire un exposé aussi succinct et aussi clair que possible, peut paraître offrir la solution du problème posé, au moins théoriquement, mais son application pratique paraît rencontrer de graves obstacles.

D'abord l'indication numérique des parcelles est une innovation de nature à entraîner les plus grandes obscurités. Il sera difficile de se reconnaître dans des indications telles que celles-ci : Commune de X, région sud-est. | 186,50-930,15 | | 213,20-819,30 | | 230,60 812,15 | etc., rien ne sera plus fréquent qu'une erreur dans les chiffres. En outre en pratique, le plan numérique ne pourra remplacer un plan graphique, celui-ci est compris même par des gens peu lettrés, tandis que les propriétaires ne comprendront rien au plan numérique, perdus au milieu de tant de chiffres auxquels ils ne reconnaîtront rien. En outre les moyens de réaliser le terrier perpétuel, c'est-à-dire la conservation du cadastre par la permanence et la perpétuité des opérations cadastrales, peuvent être difficilement regardés comme suffisants.

Les deux projets que nous venons d'exposer ne sont que des conceptions personnelles n'ayant d'autre valeur que celle qui peut s'attacher au savoir de leurs auteurs. Ils sont restés à l'état de propositions sans passer par le creuset de l'expérience. Notre intention est d'examiner des systèmes qui fonctionnent en réalité et de l'examen desquels on peut tirer par conséquent plus d'enseignement.

D'abord en Hollande, la conservation des hypothèques est réglée par deux arrêtés royaux des 1^{er} août 1828 et 8 août 1838.

Les registres employés dans les conservations sont 1° un registre journal équivalent à notre registre des dépôts. 2° Deux registres auxiliaires remplaçant les registres d'inscription et de transcription. 3° Deux registres généraux. L'un de ces registres généraux est destiné à recevoir les inscriptions des droits réels et des hypothèques, l'autre les possessions de dîmes et rentes foncières.

La base du système hollandais est le cadastre parcellaire. Tout le territoire est levé sur des plans représentant les parcelles. Elles sont indiquées par communes dans l'ordre numérique sur un tableau indicatif, et en outre dans une matrice sous le nom de chaque propriétaire.

Les mutations successives des parcelles amenant le désaccord entre ces diverses pièces, le législateur hollandais a organisé la conservation du cadastre confiée aux préposés à la conservation hypothécaire, pour tenir les diverses parties du cadastre en harmonie avec la réalité des choses. Par les soins de ces préposés, le plan parcellaire est tenu au courant des changements survenus au sol. Pour cela on laisse intacts les plans primitifs et on trace sur des plans supplémentaires les parcelles modifiées. Toute parcelle modifiée est rayée sur le tableau indicatif et reportée

(sous un nouveau numéro) à la suite de la dernière parcelle inscrite.

Pour réaliser une inscription ou une transcription, le conservateur procède de la manière suivante. Après avoir fait l'inscription ou la transcription sur le registre auxiliaire, il les mentionne par extrait dans le registre général au fur et à mesure des actes, sous le nom de chaque propriétaire. A la première colonne sont portés les nom, prénoms, profession, domicile du propriétaire puis la désignation des parcelles sous leur dénomination cadastrale. Dans les autres colonnes sont mentionnées les transcriptions, les inscriptions. Dans la feuille en regard sont mentionnés les droits réels, les stipulations restrictives du droit de propriété. Ce registre qui correspond à notre répertoire est ainsi on le voit un véritable livre terrier offrant un tableau complet de tout ce qui concerne la propriété et l'état hypothécaire des immeubles.

Pour compléter ce système, il existe un registre indicatif des parcelles cadastrales renvoyant au registre général. Ce registre indicatif est dressé par commune et dans l'ordre des numéros des parcelles cadastrales, il contient une colonne dans laquelle on inscrit le numéro des volumes et cases du registre général, dès qu'une parcelle est portée à ce registre.

Enfin il existe une table alphabétique des propriétaires qui renvoie au registre général.

Ce système paraît donc combiner heureusement la tenue des livres hypothécaires sous les noms des propriétaires avec celle qui est basée sur les noms des biens. Avec un tel système on ne peut rencontrer les inconvénients que nous reprochions à notre régime français, il sera facile de se renseigner sur la véritable situation hypothécaire d'un bien et on n'est pas exposé à confondre les noms des propriétaires et à recevoir des certificats incomplets ou erronés. Si l'on

veut connaître l'état des inscriptions grevant telle parcelle, il suffit, connaissant son numéro cadastral, de le chercher au registre indicatif des parcelles qui existe dans chaque commune. Au numéro de la parcelle on trouvera une note renvoyant au registre général par l'indication du volume et de la case où est portée cette parcelle et dans lequel on trouvera le bilan exact de l'actif et du passif de cet immeuble, mais l'application d'un tel système exige la confection d'un cadastre exact et la conservation de ce cadastre par la mise au courant des mutations de ses diverses parties (1).

Nous ne reviendrons pas sur l'exposé détaillé du système allemand que nous avons présenté dans notre deuxième partie. Nous savons que la tenue du *Grundbuch* est basée sur le cadastre, *Grundsteuerbuch*. D'après le modèle I prescrit par l'article 7 de la loi du 5 mai 1872 sur les livres fonciers, chaque immeuble a sa feuille spéciale. Ce mode de tenue des registres fonciers était celui de l'*Hypothekordnung* de 1783 et constitue le véritable type du système allemand. Combiné avec ce principe que la propriété et les droits réels ne s'acquièrent que par une inscription sur les registres fonciers et que tout acte émané du propriétaire inscrit est valable à l'égard des tiers de bonne foi, ce système donne au prêteur et à l'acquéreur une sûreté complète. Il procure la certitude du droit de propriété et la connaissance des hypothèques et des droits réels grevant un immeuble. Nul besoin de connaître le nom du propriétaire, nulle crainte de confusion ou d'erreur sur ce nom, celui qui désire connaître la situation hypothécaire d'un bien n'a qu'à donner au *Grundbuchrichter* l'article et le numéro sous lesquels ce bien est inscrit au cadastre et il reçoit immédia-

(1) Voir l'article de M. Bachine, conservateur des hypothèques à Amsterdam, dans la *Revue de législation*, 1845, p. 157.

tement et sans erreur possible un état complet de la situation de cet immeuble.

Un tel système paraît donc aller à l'encontre de toutes les objections, il procure la certitude absolue de l'immeuble et du propriétaire. Quelles sont donc les raisons qui en font généralement rejeter chez nous l'application ?

Tout d'abord l'application du régime hypothécaire allemand obligerait à modifier certains principes de notre Code civil sur l'acquisition de la propriété, la clandestinité des hypothèques légales, le caractère des fonctions des conservateurs des hypothèques. Puis les difficultés pratiques.

On soutient que le morcellement excessif de la propriété foncière, la facilité et la fréquence des mutations constituent un obstacle infranchissable. La nécessité d'ouvrir à chaque parcelle un compte distinct sur une feuille séparée du registre foncier ferait de nos registres hypothécaires de véritables montagnes. La division du sol créerait une complication énorme d'écritures, puisque chaque bien hypothéqué ou aliéné exige une inscription spéciale au registre. Plus la propriété est divisée, plus la tenue des registres est difficile et plus les erreurs se multiplient.

Les adversaires du système allemand ajoutent que les difficultés d'application du système ont été si bien senties en Prusse, dans les régions où la propriété va se décomposant en parcelles, que la loi de 1872 elle-même prévoit à côté de l'ancien mode de tenue du *Grundbuch* un modèle différent destiné à donner satisfaction à ce besoin. Ce nouveau modèle qui consiste à grouper sous le nom de chaque propriétaire et dans la même feuille toutes les parcelles qu'il possède, simplifie beaucoup la tenue des registres. Chaque parcelle portée sous le nom d'un

propriétaire est indiquée par son numéro au cadastre, il est dès lors facile à l'aide de renvois du cadastre au livre foncier de trouver tous les renseignements dont on a besoin sur l'immeuble sans connaître le nom du propriétaire. Ce système des *Personalfolien* introduit par la loi de 1872 bien qu'inférieur au point de vue de la publicité au système des *Réalfolien* de l'*Hypothekordnung* de 1783 constitue néanmoins un progrès immense sur notre système, mais la difficulté de son application serait dans sa base. Il ne fonctionne que grâce à un cadastre régulièrement fait et tenu au courant, tandis que notre cadastre ne peut servir de base à un tel système.

Il nous reste enfin à examiner, pour compléter notre étude, un système qui, s'inspirant du régime allemand, contient dans son application des modifications hardies, nous voulons parler du *Réal property Act* de sir Robert Torrens plus connu sous le nom d'*Act Torrens* (1).

Ce régime fut adopté en 1858 dans la colonie de l'Australie du Sud, étendu aux colonies voisines Nouvelle Galles du Sud, Victoria, Queensland, etc., et appliqué dans ces dernières années à la Tunisie. Notre intention est d'exposer rapidement le système en nous attachant spécialement à l'organisation des registres.

D'abord remarquons que l'*Act Torrens* offre ce caractère particulier d'être une loi facultative, le propriétaire est libre de demander ou non l'immatriculation de sa propriété sur le registre foncier, et on compte sur les avantages qu'il trouvera dans le nouveau système pour l'y amener. Tout propriétaire donc qui veut se soumettre au régime du *Real property Act* doit présenter une désignation tout à fait précise de sa

(1) Voir article de M. Gide, *Bulletin de la Société de législation comparée* 1886, p. 288.

terre. Cette condition est réalisée par l'adjonction à la demande d'immatriculation, d'un plan dressé par des géomètres officiels. Ce plan et la demande d'immatriculation indiquant tous les droits et charges grevant l'immeuble sont envoyés au *Registrar général* (directeur de l'enregistrement), qui les examine avec l'aide de jurisconsultes et fait, s'il y a lieu, comparaître devant lui le propriétaire. Si le *Registrar général* accueille la demande comme fondée, des annonces sont faites dans les journaux et il y a un délai d'un mois au moins et de trois ans au plus pour permettre aux réclamations des intéressés de se produire. Le délai expiré, la propriété est purgée de toutes les charges qui ne se sont pas dévoilées.

Il est alors rédigé deux exemplaires d'un certificat contenant la description de l'immeuble avec le plan en marge, au verso sont portées toutes charges, hypothèques, baux, etc... L'un de ces exemplaires est remis au propriétaire à qui il sert de titre et l'autre conservé par le *Registrar général* forme le folio numéroté du registre foncier. Une fois le titre immatriculé et le propriétaire en possession de son certificat, son droit de propriété est inattaquable. Si l'on a enregistré un propriétaire autre que le vrai, tant pis pour celui-ci, il n'a qu'une action en dommages et intérêts contre l'administration (1). Pour payer ces frais, il est constitué un fonds d'assurance, alimenté à l'aide d'une légère redevance payée par tout propriétaire qui se soumet au *Real property Act*. Ceux qui traitent avec le propriétaire qui a son titre en main ont une sécurité absolue.

On le voit, ce système se rapproche beaucoup du système allemand mais sa caractéristique est la rédaction du double certificat et la remise d'un de ces

(1) Il n'a même pas comme dans le système allemand une action en dommages-intérêts, contre le propriétaire inscrit.

doubles au propriétaire. Cette innovation est destinée à faciliter les transactions, en dispensant les intéressés de l'obligation d'aller se renseigner au registre foncier et en leur mettant sous la main dans ce certificat toutes les indications nécessaires. En effet ce titre doit être toujours l'image exacte du registre foncier, on doit y faire mention de toutes les inscriptions qui sont ultérieurement portées sur les registres.

Nous laisserons de côté les formalités à observer pour les ventes et les constitutions d'hypothèques étrangères à notre sujet et le mécanisme général du système Torrens nous étant connu ; nous reviendrons à l'organisation du registre foncier objet de notre étude.

Comme nous l'avons vu, le propriétaire qui veut l'immatriculation de sa terre doit en faire lever le plan à ses frais par un arpenteur breveté. Pour que le plan de cette propriété permette de la reconnaître, il faut qu'il se rattache à un plan d'ensemble du territoire que l'on ne peut demander aux propriétaires d'établir. Il faut donc pour la base du système Torrens un cadastre établi par l'Etat, mais ce cadastre peut être très simple. On commence par délimiter de grands territoires, puis cette opération terminée, on choisit dans chaque région des points de repère. C'est là tout ce qu'exige la confection du plan cadastral d'ensemble, sur lequel viennent se grouper successivement les immeubles immatriculés. La base du système ainsi établie, chaque immeuble est désigné par le numéro cadastral et a son compte ouvert sur un feuillet spécial du registre foncier. Sur ce feuillet sont inscrits tous les actes modifiant la condition juridique du bien. C'est l'application pure et simple du système allemand.

Le système Torrens pourrait-il être appliqué à la France ? On le soutient et on dit qu'il produirait les plus heureux résultats au point de vue de la publi-

cité? Nous ne le nions pas, mais nous nous contentons de faire remarquer qu'il serait au préalable nécessaire de mettre nos lois en harmonie avec le système nouveau; ainsi il serait nécessaire de décider que le propriétaire soumis au régime nouveau et inscrit sur les registres, serait propriétaire *erga omnes*, il faudrait exiger la publicité et la spécialité des hypothèques légales, comme le fait justement remarquer M. Gide (1) « l'emploi facultatif du système Torrens aggraverait la difficulté, on peut bien admettre que les immeubles soumis au régime Torrens soient régis par une législation spéciale, mais il est inadmissible qu'il en soit de même de leurs propriétaires, par exemple qu'ils soient soustraits aux effets des hypothèques légales de leurs femmes et de leurs pupilles, ce serait créer une loi spéciale pour eux. » La première condition de l'adoption d'un régime analogue au système Torrens est donc la réfection de notre Code.

Puis les difficultés d'application pratique résultant du morcellement de la propriété sont les mêmes que celles que nous avons signalées pour le système allemand.

Il est vrai que d'autre part on présente l'adoption du système Torrens en France comme un moyen de refaire notre cadastre sans dépense ni difficulté. On exigerait de chaque propriétaire qui veut se soumettre au régime Torrens qu'il fît dresser à ses frais par un géomètre assermenté le plan de son immeuble, en se référant aux indications du cadastre et en les modifiant s'il y a lieu. De la sorte le cadastre de chaque commune serait réformé par pièces aux frais des propriétaires indemnisés par les avantages qu'ils retireraient du nouveau système. Ce cadastre ainsi refait serait tenu au courant à l'aide des modifications que l'on ferait subir au plan à chaque mutation.

(1) *Loco citato*, p. 329.

Ce qui ressort au point de vue qui nous occupe, de l'examen de ces trois systèmes pratiques, hollandais, allemand, Torrens, c'est qu'ils ont pour base le cadastre. Et cela nous autorise à dire que la base la plus solide d'un bon système de publicité hypothécaire est dans un plan cadastral tenu en concordance avec les registres fonciers. Cela nous paraît incontestable en théorie, nous ne reprendrons pas tous les avantages que nous avons assez longuement examinés, nous les résumerons simplement en deux mots.

Ce système donnerait la certitude sur les immeubles et ferait disparaître l'incertitude sur les personnes.

Si cette idée de l'utilisation du cadastre comme complément des registres hypothécaires est reconnue en théorie, on recule devant son application à cause des difficultés pratiques.

Voyons en effet dans l'état actuel des choses, si son application est possible et pour cela quels renseignements peut fournir aujourd'hui notre cadastre ?

Le cadastre décrété en 1791 commença en 1808 sous l'impulsion de Napoléon qui voulait le faire servir à l'impôt et à la propriété. Le cadastre se compose dans chaque commune de trois pièces.

1° Le plan parcellaire, qui est la reproduction du terrain avec ces divisions.

2° L'état de section, qui sert de légende au plan et sur lequel sont indiqués le nom du propriétaire, la situation, la nature, la contenance et le revenu imposable de chaque parcelle.

3° La matrice, qui, outre les mêmes détails contient les noms de tous ceux par les mains desquels passe successivement la propriété.

Le cadastre pour donner une certitude absolue

devrait être l'image fidèle de la propriété. Or, notre cadastre n'offre pas cet avantage, le plan parcellaire fut levé par les géomètres conformément à la jouissance apparente et présumée des propriétaires qui furent seulement appelés *ex postfacto*, au point de vue donc de la preuve de la propriété le cadastre laisse beaucoup à désirer.

Mais son principal vice est dans l'absence d'organisation d'une conservation cadastrale. Il aurait fallu trouver un moyen de maintenir les trois pièces cadastrales d'accord avec les mouvements de la propriété. Cela n'eut pas lieu, les plans et les états de section qui leur servaient de légendes restèrent immuables, les matrices étant incessamment surchargées des noms des nouveaux propriétaires. Aucune conservation n'étant organisée pour tenir les plans, états de section et matrices d'accord avec les mouvements de la propriété, il s'en suivit que le morcellement de la propriété non constaté en arriva à enlever au cadastre toute régularité et toute foi. Ce résultat fut du reste prévu dès les premières années de la confection du cadastre et en 1819 un orateur disait à la Chambre des députés : « mal entendu, mal organisé, le cadastre tombera de lui-même avant peu. » Cette prédiction s'est réalisée.

Le cadastre n'était pas terminé que des plaintes s'élevaient déjà dans les départements les plus anciennement cadastrés. Le Gouvernement, se préoccupant de ces plaintes, fit nommer des commissions, qui présentèrent des projets sans issue.

En 1841, le ministre des finances autorisa la réfection du cadastre dans les cantons cadastrés depuis trente ans, mais cette réfection n'aurait pu présenter qu'une utilité temporaire, puisque, comme pour le premier cadastre, ce second travail ne serait pas tenu

au courant des mutations. Le projet du ministre, soumis à la Chambre des députés, fut repoussé.

Pendant les années suivantes, le Gouvernement, malgré les plaintes de la Commission du budget, ne présenta pas de projet. Enfin, en 1846, sur la demande du ministre, la Chambre vota des fonds pour la mise à essai d'un projet de renouvellement et de conservation du cadastre que préparait le Gouvernement.

La Révolution de 1848 survenant, entrava cette nouvelle tentative. La loi de 1850 intervint pour autoriser les Communes à renouveler le cadastre à leurs frais ; cette loi ne produisit pas de résultat utile.

La question du renouvellement du cadastre fut de nouveau agitée devant le Parlement en 1866, et à propos de pétitions tendant à la révision cadastrale, M. le président Bonjean prononça, au Sénat, dans la séance du 6 avril 1866, un remarquable discours, relatant l'état de la question et faisant ressortir les avantages qui résulteraient pour le crédit réel, de la réfection de notre cadastre. Malgré les efforts de l'éminent président, la question ne fit pas un pas, et aujourd'hui encore, selon l'énergique expression de M. Bonjean, « le cadastre ne trouve pas sa place dans nos lois civiles, et se traîne dans l'ornière fiscale, où l'avait placé la loi du 28 août 1791. »

En un tel état de choses on ne peut songer à se servir de notre cadastre pour en faire la base de l'organisation des registres hypothécaires, mais faut-il s'enterrer dans le *statu quo* et se refuser à chercher le progrès sous le prétexte qu'une entreprise de ce genre offre de graves difficultés ? Nombre d'excellents esprits ne le pensent pas et tel est aussi notre avis, il faut procéder à la réfection du cadastre et surtout une fois en possession d'un cadastre exact, se tenir régulièrement au courant des mutations survenues.

C'est là, nous en convenons, une entreprise qui peut

effrayer, si l'on songe surtout, aux sommes considérables que doit coûter cette réfection, mais nous ne désespérons pas de voir réaliser ce problème difficile. Les avantages considérables que le crédit réel pourrait retirer de cette réforme seront à un moment donné un stimulant pour les pouvoirs publics soucieux de la prospérité nationale.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

Positions prises dans la thèse

I. — L'hypothèque est d'origine romaine.

II. — L'hypothèque ne fut jamais publique à Rome.

III. — Justinien n'a pas méconnu la règle de l'indivisibilité de l'hypothèque en créant sur les biens de la succession une hypothèque légale au profit des légataires, dans la mesure seulement des parts héréditaires et l'avantage de l'exactitude sur ce point appartient à la législation romaine et non à la nôtre.

IV. — La loi 22, Digeste, livre XX, titre 1, et la loi 41 Digeste, livre XIII, titre 7 sont inconciliables.

Positions prises hors la thèse

V. — Le *jus distrahendi* ne devint de l'essence de l'hypothèque que sous Justinien.

VI. — Le débat dans l'interdit Salvien portait exclusivement sur la possession, on n'y examinait pas la validité de la constitution du gage.

VII. — La *minima capitis deminutio* n'impliquait pas nécessairement un amoindrissement de la capacité antérieure.

VIII. — La formalité de l'insinuation diffère de la loi Cincia en ce qu'elle a été introduite non pas uniquement en vue de protéger le donateur, mais surtout en vue d'assurer la publicité des donations et de fortifier le crédit public.

DROIT CIVIL

Positions prises dans la thèse

I. — En cas de plusieurs ventes successives, la transcription de son contrat par le dernier acquéreur n'arrête pas le cours des inscriptions au profit des créanciers hypothécaires des précédents vendeurs, quand les autres ventes n'ont pas été transcrites.

II. — Les renonciations, même purement abdicatives, à l'hypothèque légale de la femme mariée, doivent être publiées conformément à l'article 9 de la loi du 23 mars 1855.

III. — Les héritiers mineurs d'une femme mariée doivent prendre inscription de l'hypothèque légale de leur mère dans l'année qui suit la dissolution du mariage, alors même qu'ils seraient sous la tutelle légale de leur père.

IV. — Le renouvellement de l'inscription n'est plus nécessaire après le jugement d'adjudication au cas d'expropriation forcée et à partir des notifications à fin de purge au cas d'aliénation volontaire.

DROIT CIVIL

Positions prises hors la Thèse

I. — Le droit de retour de l'ascendant donateur ne peut pas s'exercer sur les biens acquis en échange, emploi ou remploi des biens donnés.

II. — La séparation des patrimoines n'est pas un privilège au sens légal du mot.

III. — Le mari qui procure à sa femme le remploi d'un propre aliéné fait acte de gestion d'affaire.

IV. — Les servitudes continues et apparentes ne s'acquièrent que par la prescription de trente ans.

DROIT CONSTITUTIONNEL

I. — Le fonctionnement du régime parlementaire nécessite deux Chambres.

II. — L'Assemblée nationale réunie en congrès conformément à l'article 8 de la loi du 25 février 1875 n'a qu'un pouvoir limité de révision.

DROIT ADMINISTRATIF

I. — La loi du 23 mars 1855 n'a pas dérogé à la loi du 3 mai 1841 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique.

ENREGISTREMENT

I. — La dette des droits de mutation est dette de la succession.

VU :

Le Président,

E. ALGLAVE

Vu par le Doyen :

COLMET DE SANTERRE.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER,

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris :

GRÉARD.

ERRATA

PAGES LIGNES NOTES

4	29	. Au lieu de : <i>le lire les.</i>
31	8	. Au lieu de : <i>naturelle</i> lire <i>naturelles.</i>
31	9	. Au lieu de : <i>régénérescence</i> lire <i>dégénères- cence.</i>
31	11	. Au lieu de : <i>tenant</i> lire <i>venant</i>
33	6	. Au lieu de : <i>fidejusso</i> lire <i>fidejussor.</i>
39	5	. Au lieu de : <i>nu-proprieté</i> lire <i>une-proprieté.</i>
43	27	. Au lieu de : <i>conventionnelle</i> lire <i>concentrationnelle.</i>
44	13	. Au lieu de : <i>n'acions</i> lire <i>n'avons.</i>
45	7	. Au lieu de : <i>moyon</i> lire <i>moyen.</i>
50	21	. Au lieu de : <i>facilio</i> lire <i>facilior.</i>
59	6	. Au lieu de : <i>l'hypothèque</i> lire <i>hypothèque.</i>
94	22	. Au lieu de : <i>2 prairial an IX</i> lire <i>2 prairial an IV.</i>
126	26	. Au lieu de : <i>ont</i> lire <i>on.</i>
139	1	. Au lieu de : <i>en produisant</i> lire <i>ne produisant.</i>
175	17	. Au lieu de : <i>cassation</i> lire <i>cessation.</i>
192	22	. Au lieu de : <i>circonstance</i> lire <i>circonstances.</i>
196	36	. Au lieu de : <i>du</i> lire <i>des.</i>
204	18	. Au lieu de : <i>Gebeaudsteuer</i> lire <i>Gebaudesteuer.</i>
212	..	1 Au lieu de : <i>Laudrecht</i> lire <i>Landrecht.</i>
215	8	. Au lieu de : <i>ou</i> lire <i>on.</i>
215	..	1 Au lieu de : <i>bewilligit</i> lire <i>bewilligt.</i>
221	1	. Au lieu de : <i>existente</i> lire <i>existante.</i>
227	..	1 Au lieu de : <i>prussischen</i> lire <i>preussischen.</i>
227	..	1 Au lieu de : <i>Grudeigenthum</i> lire <i>Grundeigen- thum.</i>
231	19	. Au lieu de : <i>Grundstückr</i> lire <i>Grundstück.</i>
232	18	. Au lieu de : <i>éfablissement</i> lire <i>établissement.</i>
257	26	. Au lieu de : <i>fréqusnt</i> lire <i>fréquent.</i>

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

DE LA CONSTITUTION DE L'HYPOTHÈQUE

INTRODUCTION.	1
CHAPITRE I ^{er} . — De la nature du droit d'hypothèque . .	20
CHAPITRE II. — Conditions requises pour l'existence de l'hypothèque.	28
SECTION I ^{re} . — De la créance garantie par l'hypo- thèque.	28
SECTION II. — De l'objet sur lequel peut porter l'hypo- thèque.	36
CHAPITRE III. — Établissement du droit d'hypothèque . .	45
SECTION I ^{re} . — De l'hypothèque établie par la convention	46
§ I. — Qui peut constituer une hypothèque. .	47
§ II. — Au profit de qui peut être constituée une hypothèque.	55
§ III. — De la convention d'hypothèque.	57
SECTION II. — De l'hypothèque établie par testament.	60
SECTION III. — De l'hypothèque établie par l'autorité du magistrat	61
§ I. — <i>Du pignus prætorium</i>	62
§ II. — <i>Du pignus in causa judicati captum</i> . .	68
SECTION IV. — De l'hypothèque établie par la loi. . . .	71
§ I. — Hypothèques légales spéciales	73
§ II. — Hypothèques légales générales	74
§ III. — Hypothèques légales privilégiées	76

DROIT FRANÇAIS

ÉTUDE SUR LA PUBLICITÉ DES HYPOTHÈQUES

dans les législations française et prussienne

I^{re} PARTIE

LÉGISLATION FRANÇAISE

INTRODUCTION.	79
Ancien droit français	79
Droit intermédiaire	89
Code civil	97
CHAPITRE I ^{er} . — PUBLICITÉ DE L'HYPOTHÈQUE EN GÉNÉ-	
RAL	102
SECTION I ^{re} . — Mesures préparatoires de la publicité.	103
§ I. — Qui peut requérir l'inscription	103
§ II. — A quelle époque peut-être requise l'ins-	
cription ?	105
I. — A partir de quel moment ?	105
II. — Jusqu'à quel moment ?	106
A. — Faillite du débiteur.	109
B. — Acceptation de la succession du dé-	
biteur sous bénéfice d'inventaire	113
§ III. — Formalités de la réquisition.	114
SECTION II. — Réalisation de la publicité.	116
§ I. — Où doit être prise l'inscription	117
§ II. — Formalités de l'inscription.	118
A. — Formalités intrinsèques	118
B. — Formalités extrinsèques.	128
§ III. — Publicité des registres.	131
SECTION III. — Effets de la publicité.	133
1 ^o . — Réalisation définitive de l'hypothèque	
vis-à-vis des tiers.	133
2 ^o . — Fixation du rang.	134

3°. — Conservation des intérêts de la créance pendant un certain temps.	136
4°. — Conservation du rang de collocation pendant dix ans	139
A. — Quels sont les motifs et l'utilité du renouvellement.	140
B. — Quelle est l'étendue de l'obligation de renouvellement.	141
C. — Comment s'effectue le renouvellement.	146
D. — Quels sont les effets du renouvellement	147
CHAPITRE II. — DES EXCEPTIONS A LA PUBLICITÉ.	148
§ I. — Hypothèques dispensées d'inscription.	152
§ II. — Mesures prises pour assurer l'inscription	154
CHAPITRE III. — RÉFORME HYPOTHÉCAIRE.	160
CHAPITRE IV. — MODIFICATIONS APPORTÉES AU CODE CIVIL PAR LA LOI DU 23 MARS 1855.	167
SECTION I ^{re} . — De la transcription dans ses rapports avec la publicité des hypothèques	168
I. — Aliénation volontaire.	170
II. — Expropriation forcée.	171
III. — Expropriation pour cause d'utilité publique.	172
IV. — Aliénations qui échappent à la transcription.	172
SECTION II. — De la publicité des hypothèques des incapables après la cessation de l'incapacité	175
I. — Qui doit après la cessation de l'incapacité rendre publiques les hypothèques légales des incapables?	176
II. — Dans quels délais les inscriptions doivent-elles être prises?	179
III. — Sous quelle sanction doivent être prises les inscriptions?	180
SECTION III. — De la publicité des subrogations à l'hypothèque légale de la femme.	181
I. — Dans quels cas cette subrogation doit être rendue publique?	182
II. — En quelle forme cette subrogation doit être rendue publique?	185
III. — Sous quelle sanction cette subrogation doit être rendue publique?	188

II^e PARTIE

LÉGISLATION PRUSSIENNE

INTRODUCTION.	191
Aperçu de l'ensemble de la législation prussienne sur l'acquisition de la propriété et des hypothèques	191
CHAPITRE I ^{er} . — DES FORMALITÉS PRÉLIMINAIRES DE L'IN- SCRIPTION.	210
SECTION II. — Qui peut faire la demande d'inscription	211
I. — Demande faite par le propriétaire	211
II. — Demande faite par le créancier.	212
III. — Demande faite par une autorité com- pétente	218
SECTION II. — Formes de la demande d'inscription.	218
§ I. — Que doit contenir la demande d'ins- cription ^o	218
§ II. — A quelle époque doit être faite la de- mande d'inscription?	220
§ III. — Où et comment se fait la demande d'inscription?	221
SECTION III. — De la prénotation.	224
CHAPITRE II. — DE LA RÉALISATION DE L'INSCRIPTION.	228
SECTION I. — De la forme des livres fonciers	229
§ I. — Tenue du <i>Grundbuch</i> d'après le formu- laire 1 ^{er}	234
§ II. — Tenue du <i>Grundbuch</i> d'après le formu- laire II.	236
SECTION II. — Formalités de l'inscription	238
CHAPITRE III. — EFFETS DE L'INSCRIPTION.	243

APPENDICE

1 ^o Clandestinité des hypothèques légales	244
2 ^o Organisation des registres hypothécaires.	249
POSITIONS.	271

IMPRIMERIE RÉGIONALE
DIJON

—
Directeur : J. CHEVALLIER
—